201
15 D
40

538

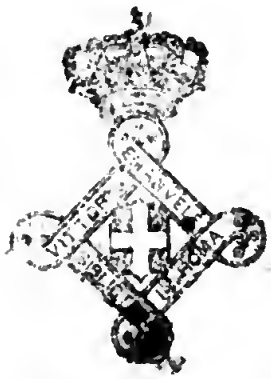
System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.



Sechster Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1847.

Vorrede der ersten Abtheilung

(§. 256—279).

Die lange Unterbrechung des vorliegenden Werkes ist nicht durch verminderte Neigung zu dieser Arbeit, sondern allein durch die Menge unabweislicher anderer Arbeiten bewirkt worden. Um Dieses durch die That zu bewähren, die mehr, als eine bloße Versicherung, Eindruck zu machen geeignet ist, habe ich es für besser gehalten, den einzelnen Abschnitt des sechsten Bandes, zu dessen Ausarbeitung sich gerade die nöthige Zeit gewinnen ließ, abgesondert erscheinen zu lassen, als die Vollendung des ganzen Bandes abzuwarten. Es wird jedoch durch fortlaufende Seitenzahlen in der zweiten Abtheilung (welche die Lehre vom Urtheil enthalten soll) dafür gesorgt werden, daß der sechste Band auch in der

äußeren Erſcheinung mit den vorhergehenden Bänden gleichförmig werde.

Den bisher erſchienenen Theilen dieſer Arbeit iſt von manchen Seiten der nicht unerwartete Vorwurf gemacht worden, daß der, als eine Darſtellung des heutigen Rechts bezeichnete, Plan des Werkes durch unverhältnißmäßige Einmiſchung hiſtoriſcher Unterſuchungen oft verlaſſen und geſtört werde. Dieſem Vorwurf wird ohne Zweifel auch der gegenwärtige Abſchnitt nicht entgehen. Zwar iſt der Gegenſtand deſſelben ſo praktiſch, als irgend ein Stück unſres Rechtsſyſtems; allein die vorliegende Behandlung deſſelben hat ſich allerdings von ausführlichen hiſtoriſchen Unterſuchungen nicht frei halten können. Auch werden dieſe Unterſuchungen beſonders dadurch bei Manchen Anſtoß erregen, daß ſie großentheils in dem letzten Ziel mit den Anſichten Anderer übereinſtimmen, und nur den Weg, auf welchem Dieſe zu dem gemeinſamen Ziel gelangen wollen, als irrig darzuſtellen ſuchen. Ein Verfahren ſolcher Art wird von nicht Wenigen als unpraktiſch angeſehen.

Indeſſen kann ich mich, auch bei ſorgfältigem Rückblick auf den jetzt beendigten Abſchnitt, nicht

überzeugen, daß derſelbe irgend Etwas enthalte, das nicht nothwendig wäre, um über den hier behandelten Gegenſtand zu wirklicher Einſicht und Überzeugung zu gelangen. Ich weiß in der That hierüber Nichts zu Dem hinzuzufügen, welches ſchon in der Vorrede des erſten Bandes (S. XXXII. fg.) geſagt worden iſt. So werden alſo auch ferner verſchiedene Meinungen über das in dieſer Arbeit eingehaltene richtige Maaß kaum zu vermeiden ſeyn.

Geſchrieben im October 1846.

Vorrede der zweiten Abtheilung

(§. 280—301).

Durch die der zweiten Abtheilung gegebene Einrichtung ist die bei der ersten gegebene Zusage in Erfüllung gegangen, so daß jetzt der sechste Band mit den früheren Bänden durchaus gleichförmig geworden ist.

Geschrieben im Julius 1847.

Inhalt des ſechsten Bandes.

Zweites Buch. Die Rechtsverhältniſſe.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte. Seite.

§. 256. Litis Conteſtation. Einleitung 1

§. 257. Weſen der Litis Conteſtation. — I. Römiſches Recht 8

§. 258. Weſen der Litis Conteſtation. — I. Römiſches Recht. (Fortſetzung.) 23

§. 259 Weſen der Litis Conteſtation. — II. Canoniſches Recht und Reichsgeſetze 36

§. 260. Wirkung der Litis Conteſtation. — Einleitung 48

§. 261. Wirkung der Litis Conteſtation. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert 54

§. 262. Wirkung der Litis Conteſtation. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert (Fortſetzung.) 63

§. 263. Wirkung der Litis Conteſtation. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert (Fortſetzung.) 73

Seite.

§. 264. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. Einleitung 78

§. 265. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen 101

§. 266. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Fortsetzung) 103

§. 267. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Versäumte Früchte.) 113

§. 268. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen.) 121

§. 269. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 133

§. 270. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 138

§. 271. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilnng. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 148

§. 272. Wirkung der Litis Contestation — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen 164

§. 273. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 170

Seite.

§. 274. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 183

§. 275. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Zeitpunkt der Schätzung.) 198

§. 276. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Zeitpunkt der Schätzung. L. 3 de cond. tritic.) 216

§. 277. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Preisveränderung.) 227

§. 278. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht 237

§. 279. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht. (Fortsetzung.) 246

§. 280. Rechtskraft des Urtheils. Einleitung 257

§. 281. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte 265

§. 282. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte. (Fortsetzung.) 272

§. 283. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte. (Fortsetzung.) 280

§. 284. Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle 285

§. 285. Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle. (Fortsetzung.) 295

§. 286. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Arten des Urtheils 300

Seite.

§. 287. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Verurtheilung des Beklagten 313

§. 288. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Freisprechung des Beklagten 320

§. 289. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers 328

§. 290. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers. (Fortsetzung.) 338

§. 291. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe 350

§. 292. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. (Fortsetzung.) 370

§. 293. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Schriftsteller 385

§. 294. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Preußisches Recht 394

§. 295. Rechtskraft. II. Wirkungen. Einleitung 409

§. 296. Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. — Übersicht. I. Dieselbe Rechtsfrage 417

§. 297. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage . 424

§. 298. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage. Legitimationspunkt 429

Seite.

§. 299. Einrede der Rechtskraft. I. Dieſelbe Rechtsfrage. Äußerer und juriſtiſcher Gegenſtand der Klage. 443

§. 300. Einrede der Rechtskraft. I. Dieſelbe Rechtsfrage. Verſchiedenheit des Erwerbsgrundes 453

§. 301. Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. II. Dieſelben Perſonen 466

Beilage XV. Appellatio und Provocatio 485

Beilage XVI. L. 7 de exceptione rei judicatae 501

Beilage XVII. Causa adjecta s. expressa 514

§. 256.

Litiscontestation. Einleitung.

Winckler Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno (Opuscula minora Vol. I. Lips. 1792. 8. p. 293—370).

Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich. 1827. 8.

Bethmann-Hollweg in: Mohl und Schrader Zeitschrift für Rechtswiss. B. 5 Stuttg. 1829 S. 65—97 (Rec. des Buchs von Keller).

Wächter Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte. Heft 2 und 3. Stuttgart 1846. 8.

Die Aufgabe des Actionenrechts, in dessen Mitte unsere Untersuchung sich gegenwärtig befindet, wurde oben (§ 204) dahin bestimmt: die Veränderungen festzustellen, welche in einem Rechte durch die Verletzung desselben, so wie durch die zur Bekämpfung der Verletzung dienenden Anstalten, entstehen.

Der gesammte Zustand, in welchen diese Veränderungen fallen und aus welchem sie entspringen, ist also hier zunächst als ein Zustand der Rechtsverletzung aufgefaßt

worden. Diese Auffassung ist auch an sich ganz richtig, ja unentbehrlich; sie muß aber jetzt noch durch eine andere ergänzt werden, wenn eine vollständige Einsicht in die verschiedenen Seiten, die dieser Gegenstand darbietet, erlangt werden soll.

Nur in den seltensten Fällen nämlich ist die Rechtsverletzung eine anerkannte und zugestandene, bei welcher es nur darauf ankommen kann, dem rechtswidrigen Willen durch höhere Gewalt entgegen zu treten. Vielmehr wird dieselbe fast immer von der einen Seite behauptet, von der andern bestritten werden, so daß dann das ganze Verhältniß zunächst die Gestalt eines *Rechtsstreits* annimmt, dessen Entscheidung vorhergehen muß, ehe eine Rechtsverletzung angenommen und ausgeglichen werden kann. Der Rechtsstreit nun läßt sich stets in gegensätzliche Behauptungen der streitenden Parteien, als in seine Elemente, auflösen, und diese Behauptungen, in sofern sie eine selbstständige Natur an sich tragen, sind unter dem Namen der Klagen, Exceptionen, Replicationen und Duplicationen, in dem vorhergehenden Bande dieses Werks abgehandelt worden. Auf sie bezog sich die *erste Klasse* möglicher Veränderungen der Rechte, welche aus der bloßen Rechtsverletzung (oder dem Rechtsstreit) für sich allein hervorgehen (§ 204). Unsere Untersuchung wendet sich nunmehr zu der *zweiten Klasse* solcher Veränderungen, welche nicht aus dem Rechtsstreit allein, sondern aus den in denselben eingreifenden *Prozeßhandlungen* entspringen.

Unter diesen Prozeßhandlungen tritt uns zunächst das Urtheil entgegen, durch welches jeder Rechtsstreit zur Entscheidung, also die angebliche Rechtsverletzung entweder zur Verneinung, oder zur Anerkennung und Ausgleichung, gebracht werden muß. Die Frage, ob und wie das Urtheil in den Inhalt und Umfang der Rechte selbst verändernd einwirken kann, ist in der That unabweislich, ja sie ist unter allen, die hier aufgeworfen werden können, die wichtigste; aber ausreichend ist diese Frage nicht.

Sie würde nur dann als ausreichend gelten können, wenn es möglich wäre, jeden Rechtsstreit, sobald er vor den Richter gebracht wird, unmittelbar durch das Urtheil zu beendigen. Dieses ist jedoch nur in den seltensten Fällen möglich. Fast immer ist Zeit, und oft sehr lange Zeit, nöthig, damit ein unabänderliches Urtheil mit sicherer Überzeugung gesprochen werden könne. Gerade in dieser Zeit aber können wichtige Umwandlungen in dem streitigen Rechtsverhältniß eintreten, und wenn dieses geschieht, wird oft das am Ende ausgesprochene, die Rechtsverletzung anerkennende, Urtheil, die Ausgleichung gar nicht, oder nur unvollständig gewähren, wozu doch die Rechtspflege bestimmt ist.

Wenngleich nun diese Verzögerung des Urtheils nebst ihren nachtheiligen Folgen mit der Ausübung des Richteramts unzertrennlich verbunden, also unvermeidlich ist, so müssen wir sie dennoch als ein Übel anerkennen, welches durch künstliche Anstalten auszugleichen unsre Aufgabe ist.

Der Grund des erwähnten nothwendigen Übels liegt darin, daß der Anfang und das Ende des Rechtsſtreits (Klage und Urtheil) nicht gleichzeitig ſind, daß ſie vielmehr durch einen Zeitraum getrennt werden, in welchem für das Rechtsverhältniß Umwandlungen eintreten können. Die Ausgleichung des Übels wird darin beſtehen müſſen, daß das Urtheil ſich nicht darauf beſchränkt, über das urſprünglich vorhandene Recht zu entſcheiden, ſondern zugleich die Folgen dieſer Umwandlungen auszutilgen ſucht.

Die allgemeine Richtung, welche dieſer Theil der richterlichen Entſcheidung zu befolgen hat, läßt ſich in folgender Formel ausdrücken:

> Es iſt derjenige Zuſtand künſtlich hervorzubringen, welcher natürlich vorhanden ſeyn würde, wenn es möglich geweſen wäre, das Urtheil im Anfang des Rechtsſtreits auszuſprechen.

Jedoch iſt gleich hier wohl zu beachten, daß dieſe Formel blos die durch die Natur der Aufgabe gegebene allgemeine Richtung der Löſung ausdrücken ſoll, und daß eine unbedingte, auf dem Wege einer bloßen logiſchen Folgerung zu vermittelnde, Anwendung derſelben keineswegs gemeint ſeyn kann.

Zur vollſtändigen Löſung der hier geſtellten Aufgabe kommt es zunächſt darauf an, den Anfang des Rechtsſtreits feſtzuſtellen, indem nur dadurch der Zeitraum genau begränzt werden kann, in welchem die durch das Urtheil auszutilgenden Umwandlungen eingetreten ſeyn müſſen.

Das Römiſche Recht ſetzt dieſen Anfang in die Litisconteſtation. Dieſe werden wir als die Prozeßhandlung aufzufaſſen haben, welche zunächſt als Anfangspunkt des Rechtsſtreits, zugleich aber auch (welches nur eine ergänzende Auffaſſung iſt) als Entſtehungsgrund der beſonderen Rechtsanſprüche anzuſehen iſt, die durch den oben angedeuteten Theil des Urtheils ihre Befriedigung erhalten ſollen.

Vor allem iſt nun das Weſen der Litisconteſtation feſtzuſtellen. Dieſe Unterſuchung wird dadurch nicht wenig erſchwert, daß ſchon bei den Römern dieſe Prozeßhandlung wichtige Umbildungen erfahren hat. Noch ſtärker waren dieſe in der Geſetzgebung und Praxis neuerer Zeiten. Dennoch iſt zu allen Zeiten, und ſelbſt bei den neueſten Schriftſtellern, der Begriff und der Name jenes Rechtsinſtituts feſtgehalten worden, wenngleich über die nähere Beſtimmung des Begriffs die Anſichten oft ſehr aus einander gehen.

Hieran muß ſich dann der größere und wichtigere Theil unſerer Unterſuchung anknüpfen, welcher die Wirkungen der Litisconteſtation zum Gegenſtand hat. Die Aufgabe des richterlichen Urtheils, welche oben nur in einer allgemeinen Formel vorläufig angedeutet war, iſt in ihre Elemente zu zerlegen, wodurch allein die Einſicht gewonnen werden kann, welche Beſtimmungen in das Urtheil aufgenommen werden müſſen, um die nachtheiligen Folgen der unvermeidlichen Dauer des Rechtsſtreits zu abſorbiren.

Wenn nun ſo eben behauptet worden iſt, daß der Begriff der Litisconteſtation von allen, ſelbſt den neueſten, Schriftſtellern feſtgehalten und nur auf verſchiedene Weiſe beſtimmt worden ſey, ſo iſt davon noch ganz unabhängig die Frage, ob auch noch im heutigen gemeinen Recht die darzuſtellenden einzelnen Wirkungen an die Litisconteſtation angeknüpft ſind. Es läßt ſich nämlich ſehr wohl die Behauptung denken, es ſey zwar ein beſtimmter, auf der nachzuweiſenden Entwicklung des Römiſchen Rechts beruhender, Begriff der Litisconteſtation auch für uns vorhanden; allein die Wirkungen, die das Römiſche Recht an die Litisconteſtation knüpft, ſeyen in dem heutigen Recht, alle oder zum Theil, auf eine andere Prozeßhandlung übergegangen. Nach dieſer möglichen Behauptung wäre mithin ein anderer Zeitpunkt für den Anfang des Rechtsſtreits anzunehmen, ſey es allgemein, oder wenigſtens in Beziehung auf einzelne Wirkungen, die das Römiſche Recht an die Litisconteſtation anknüpft.

Da die Unterſuchung dieſer höchſt wichtigen Frage mit den einzelnen Wirkungen in Verbindung ſteht, ſo kann dieſelbe auf befriedigende Weiſe erſt am Schluß der ganzen Lehre von der Litisconteſtation unternommen werden (a).

(a) Eigentlich kommt dieſe Frage in zwei verſchiedenen Geſtalten vor, deren Prüfung an zwei verſchiedenen Orten unternommen werden mußte. Erſtlich iſt von vielen behauptet worden, ſchon im R. R., und zwar ſelbſt von Hadrian an, ſeyen die Wirkungen der L. C. auf einen früheren Zeitpunkt des Rechtsſtreits zurück verlegt worden. Davon mußte, des Zuſammenhangs wegen, im § 264 gehandelt wer-

Der Zweck des ganzen Rechtsinstitus, dessen Darstellung uns gegenwärtig beschäftigt, geht auf Beseitigung des nothwendigen Übels, welches in der Dauer des Rechtsstreits liegt, und zwar soll hier dieser Zweck erreicht werden durch ausgleichende Bestimmungen in dem Urtheil über den Rechtsstreit. Es macht daher dieses Institut einen wesentlichen Theil des materiellen Rechts, und zwar des Actionenrechts (§ 204) aus, und kann in unsrem System nur hier seine Stelle finden.

Allein den angegebenen praktischen Zweck haben mit ihm gar manche andere Rechtsinstitute gemein, über welche in dieser Beziehung hier eine allgemeine Uebersicht nicht an unrechter Stelle seyn wird.

Dahin gehören zuerst alle Maaßregeln, die auf Abkürzung und Beschleunigung der Prozesse hinwirken sollen. So enthielt das ältere Römische Recht die stark eingreifende Regel, daß jeder Prozeß verloren seyn solle, wenn nicht in einer sehr mäßigen Zeit das Urtheil erfolge (b); dadurch wurde der Kläger zur eifrigen Betreibung der Sache aufgefordert. Das neueste Recht hat diese Vorschrift ganz aufgegeben.

Ferner kann jede gerechte Entscheidung, und so auch

den. Zweitens wird eine Veränderung dieser Art für das heutige Recht behauptet; davon wird am Schluß gehandelt (§ 278. 279).

(b) GAJUS IV. § 104. 105. Ein legitimum judicium sollte aufhören mit dem Ablauf von Achtzehn Monaten; ein judicium quod imperio continetur mit dem Ende der Magistratur, von welcher der Judex bestellt war. Eine Erneuerung derselben Klage war unmöglich, weil sie in judicium deducirt, also consumirt war.

der Vortheil, der von dem Inſtitut der Litisconteſtation mit ihren Wirkungen erwartet wird, auf faktiſche Weiſe ganz oder theilweiſe vereitelt werden, indem nämlich eine Sache zerſtört oder veräußert, oder indem das Vermögen eines Schuldners erſchöpft wird. Dieſe Gefahren abzuwenden oder zu vermindern, dienen zuerſt manche wichtige Prozeßinſtitute, wie die Prozeßcautionen, Arreſte und Sequeſtrationen, die missio in possessionem. Außerdem dienten zu demſelben Zweck manche Inſtitute des materiellen Rechts: ſo die Geſetze gegen die Veräußerung des Eigenthums und die Ceſſion von Schuldforderungen, ſobald eines dieſer Rechte Gegenſtand eines Rechtsſtreits geworden war (res litigiosa, actio litigiosa).

Wollte man dieſe Rechtsinſtitute wegen des übereinſtimmenden praktiſchen Zweckes, neben der Litisconteſtation abhandeln, ſo würde daraus nur Verwirrung hervorgehen können. Die meiſten derſelben können nur in dem Zuſammenhang des Prozeßrechts ihre rechte Stelle finden; und auch diejenigen, welche in der That dem materiellen Rechte angehören (wie das litigiosum), ſind doch nicht hier, ſondern in Verbindung mit der Lehre vom Eigenthum oder der Ceſſion, abzuhandeln.

§. 257.

Weſen der Litis Conteſtation. — I. R. R.

Der Standpunkt, den wir in dieſer Unterſuchung zu nehmen haben, um zu einer befriedigenden Einſicht in den

Inhalt unſrer Rechtsquellen zu gelangen, iſt das Zeitalter des Formularprozeſſes, oder der vorherrſchenden ordinaria judicia. Das Recht der früheren Zeit kann dabei nicht mehr in Betracht kommen. Dagegen iſt allerdings eine beſondere Rückſicht nöthig auf die Behandlung dieſes Gegenſtandes in dem extraordinarium judicium, welches ſchon frühe als Ausnahme in dem Zeitalter des Formularprozeſſes vorkam. Die Feſtſtellung dieſes exceptionellen Zuſtandes wird dann den Uebergang bilden zu dem ſpäteren R. R., in welchem der ordo judiciorum völlig verſchwindet, alſo die frühere Ausnahme als einzige Regel erſcheint.

Ich will damit anfangen, den Rechtszuſtand, der in den Stellen der alten Juriſten ſtets vorausgeſetzt werden muß, im Zuſammenhang darzuſtellen, und dann erſt die Rechtfertigung der einzelnen Sätze hinzufügen.

Die Litisconteſtation iſt (zu jener Zeit) eine Verhandlung der ſtreitenden Parteien vor dem Prätor, worin beide den Streit durch gegenſeitige Erklärungen dergeſtalt feſtſtellen, daß derſelbe zum Uebergang an den Judex reif wird. Dieſe Verhandlung iſt der letzte Akt des Jus, das heißt des vor dem Prätor vorgehenden Theils des Prozeſſes; ſie iſt gleichzeitig mit der von dem Prätor ertheilten formula (a), ſetzt alſo die Ernennung des Judex voraus, da deſſen Perſon in der formula bezeichnet wird.

(a) Wenn es blos darauf ankam, den Zeitpunkt zu bezeichnen, von welchem an gewiſſe Wirkungen im Prozeß eintreten ſollten, ſo

Da jene Verhandlung dazu beſtimmt war, den Streit vollſtändig feſtzuſtellen, ſo durfte ſie ſich nicht auf eine bloße Erklärung über die Thatſachen beſchränken, ſie mußte vielmehr auch die Exceptionen, Replicationen und Duplicationen umfaſſen, alſo den ganzen Inhalt der formula in ſich aufnehmen, ſo daß die formula unmittelbar aus der Verhandlung entnommen werden konnte (b).

Der Name der L. C. iſt von einem einzelnen Beſtandtheil der ganzen Handlung hergenommen. Beide Parteien riefen dabei gemeinſchaftlich Zeugen auf, mit dem Ausdruck: testes estote. — Dieſe Zeugen nun dürfen durchaus nicht als die Beweiszeugen gedacht werden, nach deren Ausſage künftig der Judex entſcheiden ſollte; ſolche kommen in vielen Prozeſſen überhaupt nicht vor, und in keinem Fall war jetzt ſchon die Zeit zu ihrer Vernehmung, alſo auch kein Bedürfniß zu ihrer Vorführung, gekommen. Vielmehr ſollten die Zeugen, die bei der L. C. erwähnt werden, den Inhalt der gegenwärtigen Verhandlung anhören und künftig, wenn darüber Zweifel entſtände, be-

konnte man eben ſowohl die formula concepta, als die L. C., angeben, oder auch mit beiden Ausdrücken abwechſeln. Daß dieſes nicht geſchehen, ſondern ſtets nur die L. C. genannt worden iſt, erklärt ſich aus ihrer Vertragsnatur (§ 258), von welcher ſogleich die Rede ſein wird.

(b) Auf dieſen erſchöpfenden Inhalt der L. C. darf jedoch nicht allzu großes Gewicht gelegt werden, da er in der That nur für die ſtrengen Klagen als allgemein durchgeführt angeſehen werden kann. In den freyen Klagen konnte ſich der Beklagte vorläufig mit einem allgemeinen Widerſpruch begnügen, und dennoch vor dem Judex Exceptionen geltend machen. (B. 5 S. 466).

zeugen; ſie ſollten als lebendiges Protokoll dienen. Dazu konnte allerdings eher in dem blos mündlichen Prozeß der alten legis actiones ein Bedürfniß wahrgenommen werden, als neben der ſchriftlich abgefaßten formula (c). Dennoch kann ſich auch neben dem Formularprozeß dieſe Handlung, wie ſo vieles Andere, als formelle Erinnerung an einen älteren reellen Gebrauch erhalten haben; in jedem Fall aber konnte ſich der Name erhalten, nachdem man längſt aufgehört hatte, auch nur zum Schein Zeugen aufzurufen.

Die Hauptſtelle über das hier behauptete Weſen der L. C. findet ſich bei Feſtus (im Auszug des P. Diaconus) unter dem Wort Contestari, und lautet alſo:

> Contestari est, cum uterque reus dicit: *Testes estote.* Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: *Testes etotes.*

Hier wird der Ausdruck: *con*testari daraus erklärt, daß mehrere Perſonen gemeinſchaftlich die Zeugen anrufen (d), und es wird in Anwendung auf den Prozeß (alſo auf die *litis* contestatio) ausdrücklich bemerkt, daß beide Parteien dieſe Handlung vornahmen. Es wird hinzugefügt, die Handlung ſey geſchehen ordinato judicio, d. h. alſo auch nachdem eine beſtimmte Perſon zum Judex ernannt war, indem dieſe Ernennung weſentlich zur An-

(c) Keller § 1.

(d) Eben ſo wie compromissa pecunia, weil beide Parteyen eine Strafe verſprechen für den Fall des Ungehorſams gegen den Schiedsrichter.

ordnung des Judicium gehörte (e). Der Eingang aber, in Verbindung mit dem nachfolgenden Haupttheil der Stelle, deutet an, daß dieſe Handlung mit der angegebenen Benennung auch zu andern Zwecken vorgekommen ſey (f), wodurch alſo die *litis* contestatio nur als einer unter mehreren Fällen einer ſolchen feyerlichen Handlung bezeichnet wird.

Obgleich nun Feſtus den Ausdruck litem contestari auf beide Parteien gleichmäßig bezieht, ſo geht doch der weit überwiegende Sprachgebrauch dahin, die Handlung des Klägers mit litem contestari, die des Beklagten mit judicium accipere oder suscipere zu bezeichnen (g).

Contestari iſt übrigens ein Deponens, ſo daß nach der grammatiſchen Regel eigentlich nur von der Partei geſagt

(e) So wird auch anderwärts ordinatum judicium, ordinata lis oder causa gleichbedeutend gebraucht mit litis contestatio. *L.* 24 *pr.* § 1. 2. 3, *L.* 25 § 2 *de lib. causa* (40. 12). — Ebenſo wird der Zeitpunkt der L. C. bezeichnet mit den Worten: statim atque *judex factus est.* *L.* 25 § 8 *de aedil. ed.* (21. 1). Nämlich die Ernennung des Judex, die L. C.; und die Conception der Formel, ſind fortlaufende Theile deſſelben Prozeßaktes und liegen der Zeit nach nicht aus einander, ſo daß man das Eine wie das Andere als Bezeichnung eines und deſſelben Zeitpunktes gebrauchen kann.

(f) So bei dem Teſtament die suprema contestatio. *L.* 20 § 8 *qui test.* (28. 1) — Bei Ulpian. XX. 9 heißt es dafür testatio, gleichbedeutend mit nuncupatio; bei Gajus II. § 104 blos nuncupatio. — Uebrigens kommt anſtatt litis contestatio auch *judicium* contestatum vor. *L.* 7 § 1 *de her. pet.* (5. 3) *L.* 19 *sol. matr.* (24. 3); dagegen finde ich contestatio allein, ohne lis oder judicium, in dieſem Sinn nicht. Denn in *L.* 1 § 1 *C. de pet. her.* (3. 31) iſt das contestationis blos eine verweiſende Wiederholung des unmittelbar vorhergehenden Ausdrucks *litis* contestationem (ſ. u. § 271 b).

(g) Winckler p. 298. Keller § 6.

werden dürfte: litem contestatur, litem contestatus est. Indeſſen iſt der paſſive Gebrauch des Wortes (alſo lis contestatur, lis contestata) ſo häufig, daß das Verhältniß von Regel und Ausnahme völlig verſchwindet. Aus den Digeſten dafür Beiſpiele anzuführen, würde bei der großen Zahl derſelben ganz überflüſſig ſein. Damit man aber nicht glaube, daß ſolche Beiſpiele blos hier, als Zeichen ſinkender Latinität, zu ſuchen ſeyen, muß bemerkt werden, daß derſelbe Sprachgebrauch auch ſchon in der beſten Zeit vorkommt, namentlich bei Cicero (h), bei Aufidius, einem Schüler des Servius Sulpicius (i), in der Lex Rubria de Gallia cisalpina (k), und in einer Rechtsregel, die Gajus aus den Veteres anführt (l).

Die wichtigſte und beſtrittenſte Frage bleibt bei Feſtus unentſchieden: ob nämlich die L. C. in das Jus fällt oder in das Judicium, d. h. ob ſie die letzte Handlung vor dem Prätor war, oder die erſte vor dem Judex. Beides ließe

(h) Pro Roscio Com. C. 11 und C. 12 „lis contestata". — Pro Flacco C. 11 „ab hac perenni contestataque virtute majorum."

(i) Priscian. Lib. 8 C. 4 § 18: „P. Aufidius: *si quis alio vocitatur nomine tum cum lis contestatur, atque olim vocitabatur* contestari passive posuit." Priſcian führt es als eine grammatiſche Anomalie an. — Die Ausgaben leſen hier ganz ſinnlos: *illis* contestatur oder *his* contestatur (p. 371 ed. Krehl, p. 791 (793) ed Putsch). Die richtige Leſeart iſt hergeſtellt und mit einer vortrefflichen ſachlichen Erklärung der Stelle begleitet von Huſchke, Zeitſchrift f. geſchichtl. Rechtswiſſ. B. 10 S. 339. 340.

(k) Col. 1 lin. 48 quos inter id judicium accipietur „leisve contestabitur."

(l) Gajus III. § 180 „apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere."

ſich, nach der allgemeinen Beſtimmung der L. C., denken, und das praktiſche Reſultat würde in beiden Fällen nicht ſehr verſchieden ſeyn. Beide Meinungen haben ihre Vertheidiger gefunden, allein die erſte iſt durch ſichere Schlüſſe aus ſo vielen einzelnen Stellen begründet worden (m), daß die Frage nunmehr als völlig entſchieden betrachtet werden darf. Der vollſtändigſte Beweis dafür, daß die L. C. vor dem Prätor vollzogen wurde, ergiebt ſich aber aus folgender weiteren Betrachtung. Wenn die L. C. vor dem Prätor vorging, ſo war es gewiß ſehr zweckmäßig, den künftigen Judex der Handlung beiwohnen zu laſſen, und ich zweifle nicht, daß dieſes geſchehen ſeyn wird, wenn der Judex zufällig gegenwärtig war, oder wenn die Parteien ihn mit ſich vor den Prätor geführt hatten. Darauf deutet nun in der That eine Stelle des Papinian, nach welcher die Gegenwart und das Bewußtſeyn des Judex bei deſſen Ernennung (addictio) nicht nöthig ſeyn ſoll (n); woraus Papinian ſchließt, auch ein Wahnſinniger könne zum Judex ernannt werden, und dieſe Ernennung ſey wirkſam, wenn er nur nachher wieder

(m) Winckler § 3. 4. Keller § 1 — 5. — Die einzige ſcheinbare Stelle für die entgegengeſetzte Anſicht (L. un. C. de L. C.) wird unten erklärt werden.

(n) *L.* 39. *pr. de jud.* (5. 1.) „Cum furiosus judex addicitur non minus *judicium erit*, quod hodie non potest judicare .... neque enim in addicendo praesentia vel scientia judicis *necessaria* est.“ Offenbar iſt hier die addictio judicis als der Zeit nach zuſammenfallend gedacht mit der L. C., dem judicium acceptum oder ordinatum, denn es wird ausdrücklich geſagt, es ſey ſchon jetzt ein wirkliches judicium vorhanden.

zu Verſtand komme; ja das judicium ſey für ihn von der Ernennung an wirklich vorhanden. Offenbar alſo nimmt Papinian an, die Ernennung des Judex, und der wirkliche Anfang ſeines Judicium, alſo das acceptum oder ordinatum judicium (d. h. die L. C.) könne in Abweſenheit des Judex Statt finden, woraus von ſelbſt folgt, daß die L. C. nicht eine vor dem Judex vollzogene, alſo unter deſſen Mitwirkung vorgenommene Handlung geweſen ſeyn kann. Ein gleich entſcheidendes Zeugniß liegt in einer Stelle des Paulus. Wenn ein Provinziale als Legat nach Rom kam, ſo brauchte er ſich daſelbſt in der Regel nicht verklagen zu laſſen. Ausnahmsweiſe aber war er dennoch dazu verpflichtet, jedoch nur ſo, daß die L. C. in Rom (vor dem Prätor) vollzogen, das Judicium aber in der Provinz (vor einem daſelbſt lebenden Judex) geführt wurde (o).

Um die Veränderungen verſtehen zu können, die ſich im ſpäteren R. R. mit der Form der L. C. zugetragen haben, iſt es nöthig, zuvor für die Zeit des Formularprozeſſes die Stellung anzugeben, welche ſie neben den extraordinariis judiciis einnahm.

Es leuchtet ſogleich ein, daß ſie in dieſen nicht gedacht werden darf als eine förmliche Handlung der Parteien in

(o) *L.* 28 § 4 *de jud.* (5. 1.) „causa cognita adversus eum judicium praetor dare debet, ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur.“

Verbindung mit der Abfaſſung der formula, und dazu beſtimmt, den Uebergang des Rechtsſtreits an den Judex zu vermitteln; denn bei den extraordinariis judiciis kam weder ein Judex, noch eine formula vor, indem der ganze Rechtsſtreit vor dem Magiſtratus von Anfang bis zu Ende durchgeführt wurde. Da aber wegen der wichtigen praktiſchen Folgen auch hier die L. C. nicht zu entbehren war, ſo mußte man dafür einen Zeitpunkt aufſuchen, welcher mit dem Zeitpunkt der förmlichen L. C. im ordentlichen Prozeß am meiſten Analogie hatte. Es konnte nun kein Zweifel ſeyn, dafür die Zeit anzunehmen, in welcher ſich die Parteien vor dem Magiſtratus über ihre gegenſeitigen Behauptungen und Anſprüche vollſtändig ausgeſprochen hatten. Dieſes war weſentlich daſſelbe wie die eigentliche L. C., und der Unterſchied lag lediglich in der äußeren Form der Handlung.

Dieſe, nach innerer Wahrſcheinlichkeit kaum zweifelhafte Annahme findet ihre Beſtätigung in folgenden Zeugniſſen, deren Erklärung zugleich dazu dienen kann, manche Zweifel und Mißverſtändniſſe unſrer Schriftſteller zu beſeitigen.

1. *L. un. C. de litis contestatione* (3. 9.) von Severus et Antoninus 203.

„Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest.

Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.“

Aus dieſer Stelle haben zuerſt Manche beweiſen wollen, die L. C. ſey nicht vor dem Prätor, ſondern vor dem Judex vollzogen worden (Note m), eine Meinung, die ſchon oben widerlegt worden iſt. Es kommt alſo darauf an, den Schein zu entfernen, der allerdings in der Stelle für dieſe Meinung enthalten iſt, indem zu der Zeit, worin dieſelbe niedergeſchrieben wurde, der Formularprozeß noch in voller Kraft beſtand.

Einige ſagen, die Kaiſer hätten die oben angegebene Natur der vor dem Magiſtratus vollzogenen L. C. bezeichnen wollen, und unter dem judex den Magiſtratus verſtanden (p). Dieſe Erklärung iſt nicht anzunehmen, denn obgleich der Ausdruck judex nicht ſelten dieſe Bedeutung hat, ſo können ihn doch unmöglich die Kaiſer, wenn ihnen das ordinarium judicium vor Augen ſtand, in dieſer anomalen Bedeutung (für den Magiſtratus) gebrauchen, wodurch ſie faſt unvermeidlich mißverſtanden werden mußten.

Andere nehmen an, die Kaiſer hätten wirklich den Magiſtratus genannt, und die Stelle habe nur durch eine durchgreifende Interpolation ihre gegenwärtige Geſtalt erhalten (q). Zu einer ſolchen Interpolation kann ich ein

(p) So die bei Keller § 5 Note 5 angeführten Schriftſteller. — Ganz unbefriedigend ſcheint mir die Erklärung von Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 § 119 Note 13; „Die L. C. iſt bereits eingetreten, wenn das Judicium erſt begonnen hat.“ Ein ſolcher Schluß der Stelle würde mit dem Anfang in gar keinem Zuſammenhang ſtehen.

(q) Keller § 5.

Bedürfniß nicht anerkennen, da die Stelle, wenn ſie den Magiſtratus anſtatt des Judex erwähnte, ſowohl zu dem älteren als zu dem neueren Recht paſſen würde. Auch für die ältere Zeit konnte man ſagen, die L. C. ſey vollzogen, ſobald der Prätor die Parteien über ihre Behauptungen gehört, und dadurch das Material zur Conception der Formel erlangt hatte. Hätten nun die Compilatoren in dem urſprünglichen Text der Stelle die Erwähnung des Prätors, des Proconſuls, oder des Präſes vorgefunden, ſo wäre es unbegreiflich, warum ſie dieſem den zu ihrer Zeit weniger paſſenden Judex ſubſtituirt hätten; eine Veränderung in umgekehrter Richtung wäre eher denkbar geweſen.

Die einfachſte Erklärung ſcheint mir die, nach welcher die Kaiſer von einem einzelnen Rechtsfall ſprachen, der zu den *extraordinariis* judiciis gehörte. Dann war der Ausdruck judex für magistratus ganz paſſend und keinem Mißverſtändniß ausgeſetzt; die Stelle gäbe dann ein treues Bild von der Stellung der L. C. in den Prozeſſen dieſer Klaſſe. Das Reſcript ſollte nämlich ſagen, was als Surrogat der wirklichen L. C. in denjenigen Prozeſſen gedacht werden müſſe, worin eine ſolche nicht vorkam. Zu dieſem Zweck wurden allgemeine, beſchreibende Ausdrücke gebraucht, die bei der Beſchreibung der wahren L. C. (im ordentlichen Prozeß) in dieſer Zeit gewiß nicht gebraucht worden wären, und die der Stelle den unverdienten Schein einer Interpolation geben. — Allerdings ſagt die Stelle, wie wir ſie vor uns haben, nicht, daß

von einem ſolchen Rechtsſtreit die Rede ſey; allein ſie iſt ein Reſcript, das wir gewiß nur ſehr unvollſtändig vor uns haben (r), und aus deſſen weggelaſſenem Eingang jene Vorausſetzung unzweifelhaft hervorgehen mochte. Gewiſſermaaßen nimmt auch dieſe Erklärung eine Interpolation an, aber eine ſolche, die nicht durch Veränderung des Inhalts, ſondern durch bloße Weglaſſung anderer Theile der Stelle bewirkt wurde.

2. *L.* 33 *de Obl. et Act.* (44. 7. Paulus lib. 3 Decretorum).

„Constitutionibus quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri: *quasi lite contestata cum mortuo.*“

Nach einer alten Regel ſollten Pönalklagen nicht gegen die Erben des Schuldners übergehen, außer wenn die L. C. vollzogen worden war (s). Die vorliegende Stelle nun ſpricht nicht von einer gewöhnlichen Pönalklage unter Privatperſonen, die in das jus ordinarium gehört und wobei jene Regel unmittelbar zur Anwendung kommt. Sie ſpricht vielmehr von einer fiscaliſchen Strafe, die vor den Fiscalbeamten verfolgt wird, alſo extra ordinem, ſo daß dabei kein Judex und keine eigentliche L. C. vorkam (t).

(r) Dieſe Unvollſtändigkeit erhellt unwiderſprechlich ſchon aus dem Umſtand, daß ein anderer Theil derſelben Stelle als *L.* 3 *C. de edendo* (2. 1) in den Codex aufgenommen worden iſt.

(s) S. o. B. 5 § 211 g.

(t) Dieſe Annahme wird durch die Inſcription der Stelle beſtätigt. Denn in demſelben lib. 3

Dabei mußte der Uebergang auf die Erben an eine der L. C. analoge Handlung geknüpft werden. In dieſem Sinn ſagt nun Paulus, der Uebergang auf die Erben müſſe angenommen werden, wenn nur bei dem Leben des jetzt Verſtorbenen die Klage eingeleitet war (u); denn dieſe Einleitung der Klage ſey in den extraordinariis judiciis als der Akt zu betrachten, welcher der wirklichen L. C. im ordentlichen Prozeß entſpreche (*quasi* lite contestata cum mortus) (v). — Dieſe Stelle hat von jeher großen Anſtoß erregt. Indem man das conventus zu eng, von der blos erhobenen Klage, verſtand, und die Stelle auf den ordentlichen Prozeß bezog, ſuchte man dadurch zu helfen, daß man ſie von ſolchen Fällen verſtand, in welchen die L. C. vom Verſtorbenen abſichtlich verzögert worden war, welches widerrechtliche Verfahren ihn nicht gegen den Übergang auf ſeine Erben ſchützen ſollte (w). Haloander

decretorum des Paulus kommen mehrere Stellen über Fiscalklagen vor dem procurator Caesaris vor.

(u) Das *conventus* fuerat darf nur nicht zu eingeſchränkt von der blos erhobenen Klage, verſtanden werden, ſo wie conventus und petitum in mehreren Digeſtenſtellen auch bei dem ordentlichen Prozeß vorkommt, wo es das convenire cum effectu, alſo die Zeit der vollzogenen L. C., bezeichnet. Eine entſcheidende Stelle für dieſe Bedeutung des conventus iſt *L.* 8 *de nox act.* (9. 4) Eben ſo für *petitum* die *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1) Vergl. Wächter H. 3 S. 66. 67.

(v) Im Weſentlichen haben die richtige Erklärung Voorda Interpr. II, 19, Wächter H. 3 S. 112.

(w) Nach mehreren Vorgängern halte ich dieſe Erklärung angenommen, Bd. 5 § 211 g., die ich jetzt ganz aufgebe, da die Stelle durchaus keine Spur dieſer Vorausſetzung enthält. — Kierulff S. 281 betrachtet dieſe Stelle als einen Beweis, daß ſchon die Römer die Wirkungen der L. C.

ſuchte auf andere Weiſe zu helfen, durch die etwas kühne Emendation: transmissam *non* videri, quasi lite contestata *eo* mortuo“ (x).

3. *L.* 20 § 6. 7. 11. *de her. pet.* (5. 3).

Das Sc. Inventianum ſprach zunächſt von den Anſprüchen des Fiscus auf eine caduca hereditas, alſo von einem extraordinarium judicium vor den Fiscalbeamten, obgleich es allerdings auch auf den ordentlichen Prozeß unter Privatperſonen angewendet wurde (y). Für den urſprünglichen Fall dieſes Senatusconſults mußte daher ein anderer Zeitpunkt angenommen werden, welcher an die Stelle der L. C. im ordentlichen Prozeß treten konnte. Von dieſer Bemerkung wird noch unten Gebrauch gemacht werden (§ 264).

Die Stellung, welche ſo eben für die L. C. in den extraordinariis judiciis der älteren Zeit nachgewieſen worden iſt, konnte unverändert beibehalten werden, als in der ſpäteren Zeit alle Klagen überhaupt in extraordinaria judicia verwandelt wurden. Die frühere Ausnahme wurde nun zur allgemeinen Regel, ſonſt änderte ſich Nichts.

So erſcheint in der That die Sache in einer früheren Conſtitution von Juſtinian (z), welche weſentlich über-

auf die Vorladung des Beklagten übertragen hätten.“

(x) Einigen Anhalt zu dieſer Emendation giebt die vulg.: „*remissam non* videri, die jedoch dem Sinn nach ganz mit der Florentina übereinſtimmt.

(y) L. 20 § 9 *de her. pet.* (5. 3).

(z) L. 14 § 1 C. *de jud.* (3. 1)

BIBLIOTECA NAZIONALE ROMA

einſtimmend mit dem oben angeführten Reſcript von Sever und Antonin, den Zeitpunkt der L. C. ſo bezeichnet:

„cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam.“

In ſpäteren Geſetzen fügte Juſtinian folgende neue Beſtimmungen hinzu.

Wenn dem Beklagten die Klage eingehändigt iſt, ſoll derſelbe nach Ablauf von Zwanzig Tagen vor dem Gericht erſcheinen, und daſelbſt die L. C. vornehmen. Jede innerhalb dieſes Zeitraums abgegebene Erklärung ſoll den Beklagten nicht binden, und nicht als L. C. angeſehen werden (aa).

Der Kläger ſoll von ſeiner Seite Caution ſtellen, daß er die L. C. nicht über Zwei Monate aufhalten wolle (bb).

Dieſe Beſtimmungen betreffen die bloße Prozeßform, und ändern das Weſen der L. C. auf keine Weiſe ab.

Wir können alſo auch noch für das neueſte Juſtinianiſche Recht den Begriff der L. C., weſentlich übereinſtimmend mit dem Begriff des älteren Rechts, dahin beſtimmen:

Sie beſteht in der vor der richterlichen Obrigkeit abgegebenen Erklärung beider Parteien über das Daſeyn und den Inhalt des Rechtsſtreits.

(aa) Nov. 53 C. 3. Nov. 82 C. 10. *Auth. Offeratur C. de L. C.* (3. 9)

(bb) Nov. 96 C. 1. Auth. *Libellum* C. *de L. C.* (3. 9)

Digitized by Google

Dabei iſt aber allerdings, nach der ganzen Wendung die in dieſer Zeit der Prozeß genommen hatte, der factiſche Unterſchied anzuerkennen, daß jetzt ſehr häufig, wohl in den meiſten Fällen, die L. C. in dem Rechtsſtreit merklich ſpäter eintreten mochte als in dem älteren Prozeß.

§. 258.

Weſen der Litis Conteſtation — I. R. R. (Fortſetzung.)

Bisher iſt die äußerliche Natur der L. C. in Erwägung gezogen worden: die Form, der Zeitpunkt, die Bezeichnung dieſer Prozeßhandlung. Ich wende mich nun zur Unterſuchung ihres inneren oder juriſtiſchen Weſens, welche noch wichtiger iſt als jene erſte Erwägung, theils weil ſie unmittelbar mit den Wirkungen zuſammenhängt, theils weil ſie ein bleibenderes, von dem Wechſel hiſtoriſcher Zuſtände weniger abhängiges, auch für unſere Zeit gültiges Intereſſe mit ſich führt.

Es muß hier daran erinnert werden, daß jedes Klagrecht, ohne Unterſchied des Rechts welches ihm zum Grunde liegt, die Natur einer Obligation mit ſich führt (§ 205). Die L. C. nun iſt als diejenige Prozeßhandlung zu denken, wodurch dieſe Obligation ein wirkliches Daſeyn und zugleich eine beſtimmte Geſtalt erhält.

Auf zweierlei Weiſe aber greift die L. C. in das beſtehende Rechtsverhältniß ein: nach der Vergangenheit und nach der Zukunft. Nach der Vergangenheit, indem die vorhandene Klage in judicium deducirt, und dadurch

conſumirt, d. h. für jede neue Verfolgung unbrauchbar gemacht wird: nach der Zukunft, indem die L. C. eine weſentliche Modification für den Inhalt des künftigen Urtheils begründet.

Die Wirkung auf die Vergangenheit, oder die Conſumtion der Klage, wurde in zwei verſchiedenen Formen bewirkt.

Bei denjenigen Klagen, welche in personam gingen, zugleich eine juris civilis intentio hatten, und zugleich als legitima judicia geltend gemacht wurden, ſollte die Conſumtion ipso jure eintreten; bei allen übrigen Klagen nur vermittelſt einer exceptio rei in judicium deductae (a).

Daneben kommt auch der Ausdruck Novatio vor; aus alter Zeit und direct nur in einer Stelle von Papinian (b); auf indirecte Weiſe in den Digeſten und in einer Conſtitution von Juſtinian (c). Dennoch iſt kein Grund vorhanden, die Ächtheit dieſes Kunſtausdrucks zu

(a) Gajus III. § 180. 181, IV. § 106. 107. 98.

(b) Fragm. Vat. § 263 „.. nec interpositis delegationibus aut *inchoatis litibus actiones novait.*“

(c) *L.* 29 *de nov.* (46. 2) „Aliam causam esse *novationis voluntariae*, aliam *judicii accepti*, multa exempla ostendunt.“ Der Ausdruck novatio voluntaria deutet nicht nothwendig, aber doch möglicherweiſe, auf den Gegenſatz einer in der L. C. enthaltenen novatio necessaria, welcher Ausdruck ſelbſt ohnehin nirgend vorkommt. Daß hier die in der L. C. enthaltene Conſumtion als Gegenſatz gemeint war, iſt aus den in Note a und b angeführten Stellen unzweifelhaft. — *L.* 3 *pr. C. de us. rei jud.* (7. 54) „Si enim novatur judicati actione prior contractus“ rel. Hier wird ganz unpaſſenderweiſe die längſt antiquirte novatio als Rechtfertigung von Juſtinians neuer Vorſchrift über die Urtheilszinſen angeführt.

Digitized by Google

bezweifeln (d). Nach der außerdem bekannten Natur der Novation ſind wir aber berechtigt zwei Beſtimmungen anzunehmen, obgleich dafür keine unmittelbare Zeugniſſe vorhanden ſind. Erſtlich, daß dieſer Ausdruck beſchränkt war auf die Fälle, worin die Conſumtion ipso jure wirkte (Note a), indem nämlich überall die Novation nur als eine ipso jure wirkende Handlung erſcheint. Zweitens, daß dieſe Novation, alſo jede ipso jure eintretende Conſumtion, bewirkt wurde durch eine Stipulation, da der allgemeine Begriff der Novation kein anderer iſt, als: Vernichtung irgend einer Obligation durch Verwandlung in eine verborum obligatio (e).

Ueber die ſpäteren Schickſale der Conſumtion überhaupt und der damit verbundenen Novation insbeſondere können wir nicht im Zweifel ſeyn. Sie ſind völlig untergegangen, ohne irgend einen Ueberreſt, indem die practiſchen Folgen, für welche ſie eingeführt waren, jetzt auf anderen und ſichreren Wegen herbeigeführt werden. Ganz zufällig hat ſich die wörtliche Erwähnung der Novation, ohne irgend

(d) Der Umſtand, daß Gajus IV. § 176—179 die aus der freiwilligen Stipulation hervorgehende novatio abhandelt, und dann § 180. 181 die Conſumtion in der L. C. darſtellt ohne dabei den Ausdruck novatio zu wiederholen, kann nicht als Widerlegung gelten. Er erklärt ſich aus der auch in *L.* 29 *de nov.* (Note c) hervorgehobenen ganz anomalen Natur dieſer Novation.

(e) *L.* 1. 2 *de nov.* (46. 2). Gajus III. § 176—179. — Ich gebe indeſſen zu, daß dieſer auf Analogie gegründete Schluß nicht auf volle Gewißheit Anſpruch machen kann, da es bei dieſem in jedem Fall anomalen Rechtsinſtitut hierin auch wohl anders geweſen ſeyn könnte.

eine praktiſche Bedeutung, in zwei Stellen des Juſtinianiſchen Rechts erhalten (Note c). Es iſt daher durchaus nicht zu rechtfertigen, wenn manche Schriftſteller unſrer Zeit von der aus der L. C. entſpringenden Novation als von einem noch fortdauernden Inſtitut des Juſtinianiſchen und ſelbſt des heutigen Rechts ſprechen (f).

Die eben ſo wichtige, und noch jetzt vorhandene Wirkung der L. C. in die Zukunft iſt in ſo fern ganz unzweifelhaft, als in der That aus ihr ein obligatoriſches Verhältniß entſteht, ganz entſprechend dem allgemeinen in der Natur jedes Rechtsſtreits gegründeten Bedürfniß (§ 256). Es iſt aber zuvörderſt zu unterſuchen, durch welche juriſtiſche Formen dieſes obligatoriſche Verhältniß bewirkt wurde: eine Frage, die nicht ohne Zweifel und Verwicklungen iſt.

(f) So Glück B. 6 S. 206 und mehrere Andere. Vgl. dagegen Wächter H. 3 S. 38 fg. — Insbeſondere muß ich auch jetzt die neue Novation aufgeben, die ſich früher als im Urtheil liegend angenommen habe (B. 5 S. 325), verleitet durch die Faſſung des alten Rechtsſprüchworts bei Gajus III. § 180 und der in der Note c angeführten Aeußerung von Juſtinian. Es iſt für eine Novation im Römiſchen Sinn weder ein praktiſches Bedürfniß, noch irgend ein ſicheres Zeugniß vorhanden. Vgl. hierüber Wächter H. 3 S. 47. 48. — Die neuen Rechtsverhältniſſe, die allerdings jedes rechtskräftige Urtheil erzeugt, ſollen damit nicht in Zweifel gezogen werden; von ihnen wird unten ausführlich gehandelt werden. Der praktiſche Erfolg iſt hier auch gewiß derſelbe wie bei einer wirklichen Novation, indem der Kläger nicht mehr ſein früheres Recht neben dem Urtheil und wider dasſelbe geltend machen kann. Nur bezweifle ich, daß jemals ein alter Juriſt den Ausdruck novatio von dem Urtheil gebraucht haben möchte; die Tilgung ipso jure, die der eigentliche Charakter der Novation iſt, war ja mit der L. C. ſchon vollendet, und für eine neue Novation war kein Raum vorhanden.

Für die Klagen in rem läßt ſich hierüber eine beſtimmte Behauptung durch ein unmittelbares Zeugniß des Gajus begründen (g). Dieſer ſagt, dem Beklagten werde bei ſolchen Klagen der Vortheil gewährt, die Sache auch während des Rechtsſtreits beſitzen zu dürfen (possidere conceditur). Dafür müſſe er von ſeiner Seite für den Fall, daß er künftig unterliege, durch eine stipulatio judicatum solvi Entſchädigung verſprechen und zugleich durch Bürgen ſicher ſtellen (*cum* satisdatione *cavere*), wodurch dann der Kläger die Befugniß erlange, künftig nach ſeiner Wahl ſowohl den Beklagten ſelbſt, als deſſen Bürgen zu verklagen (aut *tecum* agendi, aut *cum sponsoribus tuis*). Worauf die stipulatio judicatum solvi dieſer Bürgen, und alſo ohne allen Zweifel auch völlig gleichlautend die des Beklagten ſelbſt, als des Hauptſchuldners, gerichtet war, wird uns anderwärts ausführlich geſagt. Sie hatte drei Clauſeln: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo (h). — Demnach müſſen wir bei den Klagen in rem, neben der L. C., eine Stipulation annehmen, wodurch die eigenthümlichen Obligationen begründet wurden, die uns

(g) Gajus IV. 89. Die Stelle lautet vollſtändig ſo: „Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. Aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.“ — Daß dieſe Stipulation, eben ſo wie bei den perſönlichen Klagen, den Namen judicatum solvi führte, ſagt ausdrücklich der §. 91.

(h) *L.* 6. 17. 19. 21 *jud. solvi* (46. 7).

gegenwärtig, als Folgen der L. C., beſchäftigen. Über die formelle Einrichtung dieſer ganzen Prozeßhandlung enthalte ich mich, in Ermangelung von Nachrichten, jeder Behauptung; ich laſſe es alſo dahin geſtellt ſeyn, ob die L. C. mit der Stipulation verſchmolzen war, oder ob beide als getrennte, aber gleichzeitige Akte neben einander ſtanden.

Dieſe Stipulation darf übrigens nicht ſo gedacht werden, als ob dadurch die künftige judicati actio im Voraus novirt, alſo an der Entſtehung verhindert worden wäre. Eine ſolche Novation einer noch nicht fälligen Obligation war allerdings an ſich wohl zuläſſig (i). Allein vor Allem gehörte zu jeder Novation die Abſicht zu noviren, d. h. die Abſicht eine andere Obligation durch Umtauſch zu zerſtören (k), und da dieſe Abſicht hier fehlte, ſo beſtand die actio judicati daneben, ſo daß der Kläger, der den Prozeß gewann, die Wahl hatte zwiſchen der judicati actio, der Stipulationsklage gegen den Beklagten, und der Stipulationsklage gegen die Bürgen (l).

Dieſe ganze Einrichtung bei der petitoria formula war übrigens nichts Neues, ihr Eigenthümliches; es war vielmehr bloß die Fortſetzung und Entwicklung des uralten

(i) *L.* 5 *de nov.* (46. 2).

(k) *L.* 2 *de nov.* (46. 2).

(l) *L.* 8 § 3 *de nov.* (46. 2), *L.* 38 § 2 *de sol.* (46. 3), Paulus V. 9. § 3. — Dieſe Bemerkung macht richtig Buchka Einfluß des Prozeſſes I. 234, obgleich zu einem irrigen Zweck. — Von einer Novation als Einwirkung auf die Vergangenheit, alſo als Vernichtung einer urſprünglichen Obligation, ſo wie bei manchen perſönlichen Klagen (Note a. b. c. d), konnte hier ohnehin nicht die Rede ſeyn, da den Klagen in rem überhaupt keine Obligation zum Grunde liegt.

Rechtſatzes, der bei der legis actio in den praedes litis et vindiciarum, und bei dem Sponſionsprozeß in der stipulatio *pro praede* litis et vindiciarum geltend gemacht wurde (m).

So verhielt es ſich alſo, nach ſicheren Zeugniſſen, bei den Klagen in rem. Weniger einfach und klar iſt die Sache bei den perſönlichen Klagen.

Betrachten wir zuerſt diejenigen perſönlichen Klagen, bei welchen die Conſumtion ipso jure, vermittelſt einer Novation, bewirkt wurde (Note a). Dieſe unterſcheiden ſich von den Klagen in rem darin, daß dem Beklagten während des Rechtsſtreits nicht etwas Beſonderes gewährt, und eben ſo der Kläger nicht in die Gefahr der Zerſtörung oder des Untergangs der ſtreitigen Sache geſetzt wird. Darum braucht hier der Beklagte in der Regel nicht, ſondern nur ausnahmsweiſe, Bürgen zu ſtellen (n). Dagegen hat es kein Bedenken anzunehmen, daß er ſelbſt, für ſeine Perſon, eine Stipulation geſchloſſen haben möchte; ja dieſe Annahme hat ſogar einen beſondern Anhalt in dem Umſtand, daß die Novation als ſolche das Daſeyn einer Stipulation vorausſetzen läßt (Note e). Der Inhalt dieſer Stipulation aber wird ohne Zweifel dieſelben drei Clauſeln gehabt haben, welche überhaupt bei den Prozeßſtipulationen der Bürgen gebraucht wurden (Note h), ſo daß hierin kein Unterſchied zwiſchen dieſen Klagen und den Klagen in rem geweſen ſein wird. — Ganz eben ſo, und zwar noch ge-

(m) Gajus IV. § 91. 94. (n) Gajus IV. § 102.

wiſſer, müſſen wir eine ſolche Stipulation des Beklagten annehmen bei denjenigen Fällen perſönlicher Klagen, bei welchen ausnahmsweiſe, aus beſonderen Gründen, eine Bürgſchaft judicatum solvi gefordert werden konnte. Denn daß einer ſolchen Stipulation der Bürgen ſtets eine eigene Stipulation des Beklagten zum Grunde gelegt wurde, läßt ſich nicht nur aus innerer Wahrſcheinlichkeit annehmen, ſondern es wird auch ausdrücklich bezeugt (o).

In den Fällen dieſer mit vielen perſönlichen Klagen verbundenen Stipulationen, worin ſtets die doli clausula enthalten war (Note h), erklärt ſich dann von ſelbſt der Umſtand, daß auch die ſtrengen Klagen von der L. C. an eine eben ſo freie Natur annahmen, wie ſie außerdem nur bei den freien Klagen vorkommt (p).

Was endlich die große Zahl der, nach Abzug der eben erwähnten, noch übrigen perſönlichen Klagen betrifft, alſo diejenigen, bei welchen die Conſumtion durch die L. C. nicht ipso jure, ſondern per exceptionen (ohne Novation) bewirkt wurde, und bei welchen auch nicht etwa eine exceptionelle Caution durch Bürgen vorkam, ſo ließe ſich auch bei ihnen eine mit der L. C. ſtets verbundene Stipulation wohl denken; ſo daß unter dieſer Vorausſetzung eine Sti-

(o) *L.* 38 § 2 *de sol.* (46. 3). Bei jeder statisdatio war alſo eine repromissio; fehlte dagegen die satisdatio, ſo hieß es *nuda* repromissio. *L.* 4 § 5 *de stip. praet.* (46. 5).

(p) S. o. B. 5 S. 501. Der Inhalt dieſer Stelle muß nun durch das jetzt Folgende in dem Umfang der Anwendung beſchränkt werden; die Sache ſelbſt bleibt richtig.

pulation neben der L. C. allgemein Statt gefunden hätte. Allein ein Zeugniß haben wir für dieſe Annahme nicht; ſie wird vielmehr dadurch unwahrſcheinlich, daß alsdann der einfachſte und leichteſte Erklärungsgrund für die verſchiedene Behandlung beider Klaſſen von Klagen wegfallen würde, indem das Daſeyn der Stipulation die Novation natürlich mit ſich führt, der Mangel derſelben die Novation ausſchließt.

Nehmen wir nun an, bei dieſer zahlreichen Klaſſe von Klagen ſey keine Stipulation vorgekommen, ſo müſſen wir eine andere Rechtsform aufſuchen, an welche die mit der L. C. auch bei dieſen Klagen unſtreitig verbundene neue Obligation angeknüpft werden kann. Ganz daſſelbe Bedürfniß aber tritt ein für die extraordinaria judicia, die zur Zeit des alten Formularprozeſſes als Ausnahmen, im ſpäteren R. R. aber als die ganz allgemeine Regel, vorkommen. So nimmt alſo die Frage nach dieſer Rechtsform in der That die größte Ausdehnung und Wichtigkeit in Anſpruch.

Die von jeher gewöhnliche Auffaſſung für das Juſtinianiſche Recht geht dahin, die L. C. ſey ein Quaſicontract, und erzeuge daher contractähnliche Obligationen (q). Mit dieſer Auffaſſung können wir einſtimmen, indem dadurch die contractliche Natur des Verhältniſſes anerkannt wird, welches dennoch kein wahrer, auf freiem Entſchluß beruhender Vertrag iſt. Es iſt ein fingirter Vertrag, ſo

(q) Keller § 14, und vor ihm die meiſten Schriftſteller.

gut als die negotiorum gestio und die Tutel. Bei dieſen entſteht die Obligation aus einſeitigen Handlungen, ohne Mitwirkung des anderen Theils. Bei der L. C. erſcheinen zwar beide Parteien als mitwirkend, aber die Gründung einer Obligation beruht nicht auf ihrem freien Entſchluß den ſie auch unterlaſſen könnten, ſondern auf den unabweislichen Vorſchriften des Porzeßrechts (r).

Über die Natur dieſes contractlichen, oder contractähnlichen, Verhältniſſes, wie es durch die L. C. in jeden Rechtsſtreit eingeführt wird, ſollen jetzt noch einige Betrachtungen folgen.

Die allgemeinſte Anerkennung eines ſolchen Verhältniſſes, welches aus der L. C. neu entſpringt, und von dem früher vorhandenen Rechtsverhältniß an ſich unabhängig iſt, findet ſich in folgender Stelle des Ulpian:

L. 3 § 11 *de peculio* (15. 1): „Idem scribet, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam

(r) Bethmann-Hollweg S. 75. 79 will keinen Contract annehmen, ſondern einen prozeſſualiſchen Vertrag, gerichtet auf die ausſchließende Unterwerfung unter dieſes judicium. Dieſe Auffaſſung iſt auch wahr, aber einſeitig, und drückt die wichtigſten und bleibendſten Seiten des geſammten Verhältniſſes nicht aus. Ein ganz dahin paſſender Ausdruck ſteht in *L.* 3 *pr. jud. solvi.* (46. 7) „sententiae .... se subdiderunt.“ — Donellus XII. 14. § 6—9 ſucht mit großer Subtilität auszuführen, die L. C. ſey kein Quaſicontract, ſondern ein wirklicher, aber ſtillſchweigender Vertrag. Er überſieht dabei, daß zu dem ſtillſchweigenden Vertrag eben ſo, wie zu dem ausdrücklichen, der freie Wille erforderlich iſt, dieſer aber hier fehlt.

sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam (s), sed ipsam judicati velut obligationem (t).“

Dieſe Stelle iſt eben ſo wahr unter Vorausſetzung einer in der L. C. enthaltenen wirklichen Stipulation, wie ſie im älteren Recht theilweiſe ſicher vorkam, als unter Vorausſetzung eines Quaſicontracts, und ſie drückt alſo das allgemeine und bleibende Weſen des aus der L. C. hervorgehenden Rechtsverhältniſſes ſehr beſtimmt aus.

Aus dieſem contractlichen oder contractähnlichen Verhältniß erklären ſich befriedigend mehrere in dem vorhergehenden §. bemerklich gemachte Thatſachen. Erſtlich warum zur Bezeichnung des in jedem Rechtsſtreit eintretenden, beſonders wichtigen und entſcheidenden Zeitpunktes ſtets die L. C., nicht die mit ihr gleichzeitige Conception der Formel gewählt wird. Die in der L. C. enthaltene Contractsnatur war der Entſtehungsgrund der von dieſer Zeit anfangenden Rechtswirkungen, die Formel war blos eine Anweiſung für den Judex, und hatte für die Parteien keine unmittelbar verbindende Kraft. — Zweitens warum die L. C. vor dem Prätor vorgehen mußte, nicht vor dem Judex. Die Autorität des Prätors konnte die Parteien ſicherer als die

(s) D. h. nicht das urſprüngliche, dem Rechtsſtreit vorhergehende, zum Grund liegende Rechtsverhältniß.

(t) D. h. ſondern die Obligation, welche aus der in der L. C. enthaltenen Stipulation neu entſpringt, und hier auf die Erfüllung des Judicats gerichtet iſt. *L.* 6 *jud. solvi* (46. 7) „de re judicata.“

des Judex nöthigen, diesen Vertrag einzugehen, der dem ganzen Rechtsstreit seine Haltung gab.

Es erklärt sich daraus ferner der Umstand, daß das Recht eine Popularklage anzustellen, welches an sich ein gemeinsames Recht aller Römischen Bürger war, durch die L. C. in eine wahre Obligation, in ein Vermögensrecht des Klägers, umgewandelt wurde (u).

Die hier angegebenen, so wie alle übrigen Folgen der Contractsnatur der L. C. sind jedoch nicht so zu denken, als ob diese Contractsnatur durch Zufall oder Willkühr eingeführt worden wäre, und dann alle jene Folgen, die man vielleicht an sich als gleichgültig oder nachtheilig ansehen mochte, auf dem Wege logischer Entwicklung nach sich gezogen hätte. Es verhielt sich damit gerade umgekehrt. Jene Folgen waren es, welche, als der Natur des Rechtsstreits angemessen, herbeigeführt werden sollten; für sie wurde die Contractsnatur der L. C. (ursprünglich bei vielen Klagen durch eine wirkliche Stipulation) aufgestellt, um dafür eine sichere und angemessene juristische Grundlage zu haben.

Der Inhalt des erwähnten contractlichen Verhältnisses besteht zunächst in der Unterwerfung beider Parteien unter dieses Judicium (Note r). Diese Unterwerfung bezieht sich bei allen Klagen auf das eigentliche Urtheil; bei den arbiträren Klagen insbesondere auch noch auf den Gehorsam gegen den vor dem Urtheil von dem Judex ausge-

(u) Die Zeugnisse dafür s. o. B. 2 § 73 Note ee.

ſprochenen, auf die Naturalreſtitution gerichteten, jussus oder arbitratus (v). Der ſpeciellere Inhalt aber, ſo wie die Veranlaſſung dieſes Inhalts, läßt ſich durch folgende Betrachtung anſchaulich machen, die ſich an die allgemeine Natur jedes Rechtsſtreits und das daraus hervorgehende Bedürfniß (§ 256) anſchließt. Wenn zwei Parteien vor den Richter treten, ſo iſt es zunächſt völlig ungewiß, wer von beiden das Recht auf ſeiner Seite hat. In dieſer Ungewißheit muß für jeden möglichen Ausfall Vorſorge getroffen werden, und die Parteien werden genöthigt, hierüber einen Vertrag zu ſchließen, oder auch (wie in dem ſpäteren Recht allgemein) ſich ſo behandeln zu laſſen, als ob ein ſolcher Vertrag geſchloſſen worden wäre. Der allgemeine Inhalt des Vertrages läßt ſich, übereinſtimmend mit dem erwähnten Bedürfniß, ſo ausdrücken: es ſoll der Nachtheil ausgeglichen werden, der aus der unvermeidlichen Dauer des Rechtsſtreits entſteht (w), oder mit anderen Worten: der Kläger ſoll, wenn er den Prozeß gewinnt, dasjenige erhalten, was er haben würde, wenn das Urtheil gleich Anfangs hätte geſprochen werden können (x).

(v) Daraus erklärt es ſich, daß die Unterlaſſung dieſes Gehorſams als eine unerfüllte Obligation, als eine Mora, betrachtet wurde, ſ. unten § 273 u.

(w) *L.* 91 § 7 *de leg.* 1. „causa ejus temporis, quo lis contestatur, *repraesentari* debet actori.“

(x) *L.* 20 *de R. V.* (6. 1) „ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.“ — Eben ſo ſpricht *L.* 31 *de R. C.* (12. 1), und viele andere Stellen. Dieſe Aeußerungen, ſo wie die in der Note w. angeführte, ſind bei Gelegenheit einzelner Rechtsverhältniſſe entſtanden, und werden

Die Veranlaſſung und Rechtfertigung dieſes Vertrags aber giebt Gajus für die Klagen in rem ſo an: Dem Beklagten wird geſtattet, während des Rechtsſtreits die ſtreitige Sache zu beſitzen, dafür muß er aber von ſeiner Seite die in dem Vertrag enthaltene Entſchädigung verſprechen, und ſogar durch Bürgen verſichern (y).

Die hier dargeſtellte contractliche Obligation für die nach der L. C. eintretenden Umwandlungen hat ſich durch alle Zeiten des R. R. erhalten, und iſt auch in unſer heutiges Recht übergegangen. Nur hat ſich die Form einer ausdrücklichen Stipulation, ſelbſt in den Fällen worin ſie in der älteren Zeit angewendet wurde, im Juſtinianiſchen Recht gänzlich verloren.

§. 259.

Weſen der Litis Conteſtation. — II. Canoniſches Recht und Reichsgeſetze.

Das canoniſche Recht hält den Römiſchen Begriff der L. C. (§ 257) unverändert feſt, beſchäftigt ſich aber hauptſächlich mit der Frage, welche auch ſpäterhin als vorzugsweiſe wichtig behandelt wurde: ob und wann der Beklagte verpflichtet ſey, dasjenige zu thun, welches von ſeiner Seite

unten im Zuſammenhang des Details wieder vorkommen. Hier kam es darauf an, den allgemeinen Geſichtspunkt vorläufig zu bezeichnen.

(y) Gajus 4. § 89. — ſ. o. Note g. Nämlich an ſich wäre für denſelben Zweck auch wohl eine Sequeſtration als Sicherungsmittel denkbar geweſen; darauf geht das possidere *conceditur*.

zur Vollziehung einer wahren L. C. beigetragen werden muß. Dazu gehört vor Allem die Erklärung auf den Inhalt der Klage, alſo auch auf den thatſächlichen Grund derſelben: außerdem aber auch die Angabe der etwa vorhandenen Exceptionen (§ 257). Es iſt einleuchtend, daß, wenn ſich der Beklagte etwa auf Exceptionen beſchränken wollte, ohne ſich über die Klage zu erklären, eine L. C. darin nicht enthalten wäre und dadurch nicht entbehrlich werden würde, daß alſo der Beklagte angehalten werden müßte, das von ſeiner Seite zu einer wahren L. C. Fehlende noch nachzubringen. Aus Vorſchriften dieſes beſonderen Inhalts, die ich im R. R. noch nicht finde, konnte leicht der Schein entſtehen, die L. C. ſey eine einſeitige Handlung des Beklagten, und zwar gerade die Erklärung auf die vom Kläger vorgebrachten Thatſachen, anſtatt daß das R. R. darunter eine weit umfaſſendere gemeinſame Handlung der Parteien verſteht, ja ſogar wörtlich das litem contestari als eine Thätigkeit des Klägers, nicht des Beklagten, bezeichnet (§ 257. g). Es wird weiter unten gezeigt werden, daß ein aus dieſem falſchen Schein hervorgehender irriger Sprachgebrauch in ſpäterer Zeit ganz allgemein geworden iſt. Jedoch muß bemerkt werden, daß dieſer Irrthum dem canoniſchen Recht in der That nicht zugeſchrieben werden darf, dieſes vielmehr noch keinen vom R. R. abweichenden Ausdruck enthält.

Die älteſte Stelle des canoniſchen Rechts über die L. C. beſchäftigt ſich mit der hier entwickelten ſpeciellen Frage

noch nicht (a). Dem P. Gregor IX. war ein Fall vorgelegt, worin die Parteien über einzelne Stücke des Rechtsſtreits (super pluribus articulis) ſchriftliche Behauptungen und Gegenbehauptungen (positiones et responsiones) dem Richter eingereicht, auch dabei geäußert hatten, was ſie vor Gericht zu erklären geſonnen ſeyen (quae partes *voluerunt* proponere coram eis). Der Papſt ſpricht nun aus; darin ſey noch keine gültige L. C. enthalten, dieſe müſſe vielmehr noch nachgeholt werden, um einen rechtsgültigen Prozeß zu begründen,

„quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed *per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat.*“

Der hier gedachte Gegenſatz ſchließt alſo die ſchriftlichen Vorbereitungen des Rechtsſtreits, als ungenügend, aus, und fordert zu einer wahren L. C. das gemeinſame Erſcheinen der Parteien im Gericht, und die vollſtändige Erklärung derſelben über den Rechtsſtreit; es iſt der Gegenſatz eines ſchriftlichen Vorverfahrens gegen das mündliche Verfahren vor Gericht, und der Ausſpruch des Papſtes iſt ganz dem R. R. gemäß.

Die zwei folgenden Decretalen betreffen das oben erwähnte Verhältniß der L. C. zu den Exceptionen.

(a) *C. un. X. de litis cont.* (2. 5). — Wörtlich gleichlautend iſt hierin eine andere Decretale deſſelben Papſtes: *C.* 54 § 3 *X. de elect.* (1. 6).

P. Innocenz IV. verordnet, durch vorgebrachte Exceptionen dürfe der Beklagte die L. C. nicht hindern, noch verzögern; jedoch mit Ausnahme der Exceptionen „de re judicata, transacta seu finita“ (b).
Dieſelbe Vorſchrift wiederholt P. Bonifaz VIII., mit dem ſehr natürlichen Zuſatz, daß eine bloße Exception auch nicht etwa ſelbſt ſchon als eine vollzogene L. C. angeſehen werden dürfe (c).

Es iſt nun ferner von den Veränderungen in dem Weſen der L. C. Rechenſchaft zu geben, welche durch die Reichsgeſetze, ſo wie durch die Praxis und Literatur der neueren Zeit herbeigeführt worden ſind (d). Um für dieſe Veränderungen einen feſten Standpunkt zu gewinnen, wird es gut ſein, ſogleich das letzte Ziel anzugeben, wohin dieſe ſehr allmälige Entwicklung geführt hat, alſo die Auffaſſung, welche in der neueren Literatur des Prozeſſes, ſo wie in der Praxis, ſo allgemeine Geltung gewonnen hat, daß jeder Widerſpruch dagegen nur in dem Sinn einer gelehrten Kritik, durch Zurückführung auf ältere Quellen, verſucht worden iſt, wenngleich hie und da nicht ohne den Anſpruch, der neu aufgeſtellten Behauptung auch in der Praxis wieder einige Geltung zu verſchaffen.

(b) *C.* 1 *de litis cont. in VI.* (2. 3) — Es ſind dieſes die nachher von unſren Schriftſtellern ſogenannten exceptiones litis ingressum impedientes.

(c) *C.* 2 *de litis cont. in VI.* (2. 3).

(d) Ausführlich handelt von dieſem Gegenſtand Wächter §. 3 S. 70—88.

Dieſer moderne Begriff läßt ſich ſo darſtellen:

Die L. C. iſt eine einſeitige Handlung des Beklagten, beſtehend in der Erklärung deſſelben auf die in der Klage aufgeſtellten Thatſachen, alſo verſchieden von allen Einreden.

In zwei Stücken weicht dieſe Auffaſſung weſentlich ab von dem R. R.

Erſtlich indem ſie die L. C. als eine einſeitige Handlung des Beklagten anſieht, anſtatt daß das R. R. dabei ein gemeinſames Handeln beider Parteien annimmt, und ſogar vorzugsweiſe die mitwirkende Thätigkeit des Klägers mit jenem Namen bezeichnet (§ 257).

Dieſe Abweichung beruht weniger auf veränderten Rechtsbegriffen, als auf der veränderten Form des Verfahrens. Bei einem blos ſchriftlichen Verfahren iſt ein gemeinſames und gleichzeitiges Handeln der Parteien nicht möglich, ſo daß man dabei genöthigt iſt, die L. C. von einer Prozeßhandlung des Beklagten abhängig zu denken, welche dann mit der vorhergehenden Handlung des Klägers, dem Inhalt nach, ein Ganzes bildet, eben ſo wie im R. R. die gleichzeitigen Reden und Gegenreden beider Parteien. Daher iſt denn auch dieſe Abweichung den Reichsgeſetzen fremd, welche ſtets noch ein mündliches Verfahren in Terminen und Audienzen vorausſetzen (e).

(e) Artikel des K. G. zu Lindau ꝛc. von 1500 Art. XIII. § 1. 2 (Neueſte Sammlung der R. A., Th. 2 S. 75). Anfangs wird ſo geredet, als ſey die L. C. ein Geſchäft des Beklagten. Dann aber heißt es: „Item, und ſo der Krieg alſo von beyden Theilen be-

Auch iſt dieſe Abweichung für unſern gegenwärtigen Zweck, d. h. für die Aufſtellung eines feſten Anfangspunktes der materiellen Wirkungen der L. C., von keiner Erheblichkeit. Es kommt nur darauf an, ſich deutlich bewußt zu werden, daß hierin etwas von dem R. R. Verſchiedenes gedacht wird.

Zweitens weicht dieſe Auffaſſung von dem R. R. darin ab, daß ſie die L. C. auf die rein thatſächlichen Erklärungen des Beklagten beſchränkt, anſtatt daß das R. R. das geſammte in der formula enthaltene Material ſchon in der L. C. vorkommen läßt, alſo, außer der Erklärung über die Thatſachen, auch alle Exceptionen, Replicationen und Duplicationen. Auf den erſten Blick ſcheint es, daß dadurch eine Erleichterung und Beſchleunigung der L. C. bezweckt und bewirkt ſeyn möchte, indem eine bloße Erklärung über die Thatſachen ſchneller herbeizuführen iſt, als jenes weit umfaſſendere Material. Daß dennoch aus anderen Gründen dieſer Erfolg nicht eintrat, wird ſogleich gezeigt werden.

Aus dieſer Auffaſſung, verbunden mit jener erſten, folgte mit Nothwendigkeit die dem R. R. völlig fremde Eintheilung der L. C. in eine affirmative, negative und gemiſchte, je nachdem der Beklagte alle in der Klage

feſtigt ꝛc." — K. G. O. von 1523 Art. 3 § 3 (a. a. O. S. 248): „Würden aber keine Exceptiones fürgewendt . . . ſoll der Kläger alsbald darauf den Krieg befeſtigen ꝛc." (Am Rande ſteht: Litis Contestatio).

enthaltene Thatſachen bejaht, oder alle verneint, oder einige bejaht, andere verneint (f). — Die affirmative darf übrigens nur in Verbindung mit Einreden gedacht werden, da ſie außerdem gar nicht die Abſicht eines Rechtsſtreits in ſich ſchließt, ſondern vielmehr die Natur einer Römiſchen in jure confessio hat (g).

Die zweite Abweichung iſt allerdings ſchon in den Reichsgeſetzen enthalten, die ſich beſonders damit beſchäftigen, die Verzögerung der L. C. zu verhüten, jedoch nicht etwa um dieſes Zweckes Willen einen neuen Begriff der L. C. abſichtlich aufſtellen wollen, ſondern hierin vielmehr

(f) Man könnte auch etwa die negative L. C. in einem bloßen Widerſpruch gegen den Anſpruch des Klägers beſtehen laſſen wollen, wobei es ganz unbeſtimmt gelaſſen würde, ob die Thatſachen ganz oder theilweiſe verneint, und ob Einreden aufgeſtellt werden ſollten. Eine Erklärung dieſer Art iſt nicht nur dem R. R. und dem canoniſchen Recht fremd, ſondern auch den ſpäteren Reichsgeſetzen, wie ſogleich gezeigt werden wird. Eine ſolche Erklärung enthält Nichts, als die Ausſchließung einer reinen confessio, alſo den ausgeſprochenen Entſchluß, Prozeß zu führen, worüber ohnehin in den allermeiſten Fällen kein Zweifel iſt. Gefördert wird dadurch in dem Rechtsſtreit gar Nichts, dieſe Handlung iſt alſo nur ein verſchleppendes Element, und es iſt durchaus kein Grund vorhanden, practiſche Folgen daran zu knüpfen. — Ältere Reichsgeſetze nehmen allerdings eine L. C. in dem hier erwähnten Sinn an (Vergl. Note i).

(g) Die Gloſſatoren haben ſich viel mit der Frage beſchäftigt, ob eine reine confessio als L. C. gelten könne, und ob darauf ein condemnatoriſches Urtheil zu ſprechen ſey. Die Behandlung dieſes Falles betrifft blos die äußere Prozeßform, und hat keine practiſche Wichtigkeit. Im R. R. galt die unzweifelhafte Regel: confessus *pro* judicato est (*L.* 1 *de confessis* 42. 2), ſo daß ein Urtheil gewiß nicht nöthig war, und nicht erlaſſen wurde. Im Preußiſchen Prozeß wird für dieſen Fall eine Agnitions-Reſolution abgefaßt, welche die Wirkung eines Erkenntniſſes hat (A. G. O. I. 8. § 14—16).

Digitized by Google

nur dem herrſchenden Sprachgebrauch der gleichzeitigen Schriftſteller folgen.

Um dieſes zur Anſchauung zu bringen, iſt es nöthig, auf den Inhalt der Reichsgeſetze genauer einzugehen, wobei ſogleich mit der Kammergerichtsordnung von 1555 angefangen werden kann, da die weit unvollſtändigeren früheren Geſetze durch dieſe beſeitigt worden ſind.

Zum Verſtändniß dieſes Geſetzes muß bemerkt werden, daß daſſelbe drei Audienzen in jeder Woche annimmt, Montag, Mittwoch, Freitag. Jeder neue Termin ſoll eintreten in einem durch eine Anzahl von Audienztagen beſtimmten Zeitraum nach der vorhergehenden Prozeßhandlung; bei Sachen des ordentlichen Prozeſſes (in ordinariis) in der zwölften Audienz, bei ſummariſchen Sachen (in extraordinariis) in der ſechsten; für beide Klaſſen von Sachen ſollen die oben erwähnten Audienztage abwechſelnd angewendet werden (Tit. 1 Tit. 2 § 1). — In der Regel ſoll die L. C. im zweiten Termin vorgenommen werden, alſo in der zwölften Audienz nach dem erſten Termin; dieſe Regel leidet eine Ausnahme, wenn dilatoriſche oder andere den Prozeß hindernde Einreden vorgebracht werden (h). In dieſem Fall wird über ſolche Einreden in drei

(h) Tit. 13 § 1 „So . . ſetzen Wir, ſofern . . der Antworter nicht dilatorias, oder andere exceptiones, dadurch das Recht verhindert, oder aufgeſchoben, oder die Kriegs-Befeſtigung verhindert würde, fürzubringen hätte, daß alsdann derſelbige in ordinariis in der zwölften Audienz, auf die Klag zu antworten, und den Krieg zu befeſtigen ſchuldig ſeyn ſoll.

Terminen verhandelt, vielleicht auch noch länger, wenn darüber ein Beweisverfahren nöthig wird (Tit. 24—26). Außerdem werden im vierten Haupttermin die übrigen peremtoriſchen Einreden vorgebracht, und es wird darüber gleichfalls in drei Terminen verhandelt (Tit. 27—29).

Über die L. C. iſt noch beſonders beſtimmt, daß der Beklagte, wenn er die Klage beſtreiten, alſo Prozeß führen wolle, dieſes nicht in weitläufigen Reden, wie es bisher geſchehen, ſondern durch einen kurzen Widerſpruch gegen die Klage überhaupt, nicht gerade gegen die einzelnen darin enthaltenen Thatſachen thun ſolle (i). Die beſtimmte Erklärung des Beklagten auf die von dem Kläger vorgebrachten einzelnen Thatſachen ſollte erſt im vierten Termin nachfolgen, und dieſe Responsiones auf die Artikel der Klage werden daher von der L. C. ſowohl durch die Bezeichnung, als durch die im ganzen Prozeß angewieſene Stelle, deutlich unterſchieden (Tit. 15 § 4).

Dieſe ganze Behandlung konnte als eine Erleichterung und Beſchleunigung der L. C. angeſehen werden, da in der That ein allgemeiner Widerſpruch nicht wohl mit

(i) Tit. 13 § 4 „Und nachdem bisher die Procuratores in litis contestationibus, je zu Zeiten viel unnothdürftiger und überflüſſiger Wort gebraucht . . . Wollen Wir, daß fürhin ein jeder Procurator, der . . mit nicht geſtehen auf die Klag antworten, und alſo litem negative contestiren will, andere oder mehr Wort nicht gebrauchen ſoll, dann nemlich alſo: In Sachen *N. contra N.* bin ich der Klag nicht geſtändig, bitt mich . . . zu erledigen, und mit dieſen Worten ſoll der Krieg, ob auch der Litis contestation nicht ausdrücklich Meldung geſchehe, befeſtigt zu ſeyn gehalten und verſtanden werden.“ Vergl. oben Note f.

einigem Schein zu verweigern iſt, und daher leichter und ſchneller als eine ſpecielle Erklärung verlangt und bewirkt werden kann. Auf der anderen Seite aber war dem Beklagten, der die Sache hinhalten wollte, ein freier Spielraum eröffnet durch die mannichfaltigen Einreden, deren langwierige Verhandlung ihn einſtweilen berechtigte, ſelbſt jene höchſt allgemeine Erklärung nicht abzugeben, alſo die L. C. zu unterlaſſen (Note h).

Hierin gewährte der R. A. von 1570 eine durchgreifende Abhülfe, indem er vorſchrieb, daß auch neben dilatoriſchen Einreden im zweiten Termin in jedem Fall eine eventuelle L. C. vorgenommen werden ſollte (k).

Dieſe Vorſchrift wurde beſtätigte und weiter ausgeführt in dem neueſten Reichsgeſetz über den Prozeß (l). Der Jüngſte Reichsabſchied verordnet nämlich, daß der Beklagte nicht erſt in dem zweiten, ſondern ſchon in dem erſten Termin, wozu jedoch mindeſtens Sechszig Tage frei zu laſſen ſind, ſowohl alle Exceptionen, bei Strafe der Präcluſion, vorbringen, als auch eine beſtimmte Erklärung über alle in der Klage enthaltene Thatſachen abgeben ſoll. — Dieſe factiſche Erklärung heißt hier nicht L. C., der Name aber kommt in demſelben Geſetz anderwärts vor (m), und daß darunter die oben vorgeſchriebene Erklärung über die Thatſachen verſtanden werde, kann wohl nicht bezweifelt

(k) R. A. 1570 § 89. 90, Neueſte Sammlung Th. 3 S. 299.

(l) J. R. A. von 1654 § 36—40, Neueſte Sammlung Th. 3 S. 648. 649. — Die Hauptſtelle iſt der § 37.

(m) § 110 „nicht allein vor angefangenem Recht-Stand, und litis contestation“ etc.

werden. Nur in dem einzigen Falle sollte der Beklagte die L. C. verweigern dürfen, wenn er die Competenz des Richters durch eine Einrede bestreiten wollte (n).

Es ist nicht zu verkennen, daß durch dieses Gesetz der ganze Zustand wesentlich verbessert worden ist, und daß es hauptsächlich an dem Mangel einer strengen Durchführung desselben gelegen hat, wenn späterhin der gemeine Prozeß dem wahren Bedürfniß oft nicht entsprochen hat. Indessen bleiben auch hier noch dem Beklagten, der die L. C. verzögern will, manche Mittel übrig. Die Einrede der Incompetenz kann zu einer längeren Verhandlung misbraucht werden. Wenn ferner der Beklagte im ersten Termin nicht erscheint, so führt auch das im § 36 angeordnete Contumacialverfahren einen nicht geringen Aufschub mit sich.

Besonders aber leidet jenes Gesetz keine unmittelbare Anwendung auf den späterhin in Deutschland sehr allgemein angewendeten rein schriftlichen Prozeß, worin gar keine Termine mündlicher Verhandlung, sondern regelmäßig Vier Schriftsätze, vorkommen. Denkt man sich den J. R. A. hierauf ehrlich und streng angewendet, so wird die L. C. stets in der sogenannten Exceptionsschrift zu suchen seyn, welche die Erklärung über die Thatsachen der Klage, sey es mit oder ohne Exceptionen, enthalten muß. Diese Stellung der L. C. ist auch mit dem wahren Sinn des R. R. übereinstimmend, nur mit dem minder erheblichen Unterschied, daß in der Römischen L. C. auch schon

(n) § 37 am Ende und § 40.

die Replicationen und Duplicationen vorkamen, die hier erſt in dem dritten und vierten Schriftſatz erſcheinen (o).

Auch hier aber bleibt dem böswilligen Beklagten noch manches Mittel übrig, die L. C. willkührlich zu verzögern, und dadurch dem Kläger die Rechte zu ſchmälern, die ihm in der That zugedacht ſind. Dazu können misbraucht werden die wiederholten Friſtgeſuche, ferner die einer längeren Verhandlung empfängliche Einrede der Incompetenz, endlich die bloße Verweigerung oder Unterlaſſung der L. C., die ſelbſt durch manche Scheingründe beſchönigt werden kann. Einem ſolchen unredlichen Verfahren mit ſicherem Erfolg entgegen zu treten, fehlt es im gemeinen Prozeß an beſtimmten Rechtsregeln. Auch iſt dabei noch folgender Umſtand zu berückſichtigen. Wenn die L. C., wie angenommen wird, in der Erklärung auf die Thatſachen beſteht, ſo bleibt ungewiß, wie es angeſehen werden ſoll, wenn die Erklärung unbeſtimmt, unverſtändlich, unvollſtändig iſt, etwa ſo daß ſie ſich nur auf einen kleinen Theil der thatſächlichen Grundlagen der Klage bezieht. Man könnte ſagen, nun müſſe durch eine Art von Fiction eine wirkliche L. C. angenommen werden. Dann könnte man aber noch einen Schritt weiter gehen, und in jeder Exceptions-

(o) Vollſtändiger übereinſtimmend mit dem Begriff der Römiſchen L. C. iſt der dem Preußiſchen Prozeß der allgemeinen Gerichtsordnung eigenthümliche Status causae et controversiae. Nur tritt dabei der practiſch ſehr erhebliche Unterſchied ein, daß dieſer Status am Ende von Terminen abgefaßt wird, deren Anzahl und Zeit von einer ſehr regelloſen Willkühr des Deputirten und der Parteien abhängt.

ſchrift, auch wenn ſie keine Spur einer thatſächlichen Erklärung enthält, eine L. C. fingiren. Nur iſt dieſes Alles völlig willkührlich, und es iſt eine bloße Illuſion, wenn man glaubt, damit das R. R., oder die Reichsgeſetze, oder auch nur die neuere Praxis wirklich anzuwenden. — Wenn von allen dieſen Schwierigkeiten in vielen Ländern keine merkliche Beſchwerde empfunden worden iſt, ſo liegt dieſes theils an der guten Aufſicht der Gerichte, theils darin daß die Praxis nicht bei der L. C. als Grund und Zeitpunkt der materiellen Veränderungen während des Prozeſſes ſtehen geblieben iſt, wovon am Schluß dieſer ganzen Lehre gehandelt werden wird.

Wie weit aber hierin der Misbrauch und die Gefährdung des Rechts getrieben werden kann, davon giebt der Sächſiſche Prozeß Zeugniß. In dieſem kommt es ſehr gewöhnlich vor, daß eine ganze Inſtanz hindurch über die Verbindlichkeit des Beklagten zur L. C. geſtritten, und am Ende durch Urtheil feſtgeſtellt wird, daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage ſich einzulaſſen ſchuldig; dieſes Urtheil kann dann wieder durch Rechtsmittel angegriffen und durch die Inſtanzen verfolgt werden.

§. 260.

Wirkungen der Litis Conteſtation. — Einleitung.

Indem nunmehr die Wirkungen der L. C. dargeſtellt werden ſollen, ſind dieſelben an den oben angegebenen Grundſatz anzuknüpfen, nach welchem die Aufgabe dieſes

Rechtsinstituts auf die Ausgleichung der nachtheiligen Folgen geht, welche aus der an sich nicht wünschenswerthen, aber unvermeidlichen Dauer des Rechtsstreits entspringen (§ 256. 258). Die jetzt im Einzelnen darzustellenden Wirkungen sind nur als Entwicklungen jenes Grundsatzes anzusehen. Es muß jedoch dazu noch durch folgende Vorbemerkungen ein fester Grund gelegt werden.

I. Die Aussprüche der Römischen Juristen über jene Wirkungen beziehen sich auf zwei verschiedenartige Anwendungen, deren Inhalt aber dergestalt zusammenfällt, daß sie ohne Unterschied als ganz gleichbedeutend angesehen werden dürfen.

Die meisten dieser Aussprüche betreffen die Frage, wie in Folge der L. C. das richterliche Urtheil eingerichtet werden müsse, und diese sind auch auf unsren heutigen Rechtszustand unmittelbar anzuwenden.

Mehrere Aussprüche aber betreffen eine Frage, welche nicht bei allen Klagen, sondern nur bei den arbitrariae actiones (§ 221), vorkommen konnte: Die Frage, welche Handlungen nach der L. C. der Beklagte auf die Aufforderung des Judex vorzunehmen habe, um die Verurtheilung von sich abzuwenden. Diese Handlungen bestanden, wie oben gezeigt wurde, in einer Restitution oder Exhibition. Hier also lautet die Frage so: Was muß der Beklagte freiwillig thun, um nicht verurtheilt zu werden? oder mit anderen Worten: Was gehört zu einer wahren,

genügenden, die Verurtheilung abwendenden Reſtitution? (a) Was gehört zu einer wahren Exhibition? (b)

So verſchieden nun dieſe Fragen, ihrer wörtlichen Faſſung nach, lauten, ſo ſind ſie dennoch in der That identiſch, ſo daß die Antwort auf die eine Frage, ohne Gefahr eines Irrthums, auch als Antwort auf die andere Frage behandelt werden kann. Denn was der Beklagte als genügende Reſtitution vornehmen muß, um der Verurtheilung zu entgehen, hat ganz denſelben Umfang wie Das, wozu er verurtheilt wird, wenn er die freiwillige Reſtitution unterläßt (c), und eben ſo umgekehrt. — Da wir übrigens keine arbitrariae actiones mehr haben (§ 224), ſo gewähren uns die Ausſprüche über die wahre Reſtitution und Exhibition nur den indirecten Vortheil, daß wir daraus lernen, worauf die Verurtheilung gerichtet werden muß, wenn es überhaupt zu einer ſolchen kommt (d).

(a) *L.* 35. 75. 246 § 1 *de V. S.* (50. 16), *L.* 20 *L.* 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(b) *L.* 9 § 5. 6. 7. 8 *ad exhib.* (10. 4).

(c) Allerdings mit dem Unterſchied, daß das Urtheil nur auf Geld gehen konnte, anſtatt daß die Reſtitution in Natur geſchah. Vergl. B. 5 § 221. Auch kann im einzelnen Fall, nach thatſächlichen Verhältniſſen, in der Reſtitution etwas Anderes nöthig ſeyn und genügen, als das worauf ſpäter das Urtheil gelautet hätte. Im Allgemeinen aber iſt die Identität des Inhalts bei der Reſtitution und dem Urtheil unverkennbar.

(d) In ſofern ſteht allerdings unſer heutiges Recht dem älteren R. R. gleich, daß auch bei uns keine Verurtheilung erfolgt, wenn der Beklagte während des Prozeſſes das Verlangen des Klägers vollſtändig erfüllt. Dieſer Fall iſt aber in unſrem heutigen Recht von keiner practiſchen Erheblichkeit, anſtatt daß im R. R. die arbitrariae actiones künſtlich darauf berechnet waren, daß der Beklagte freiwillig reſtituiren oder exhibiren ſollte, um größeren Nachtheilen zu entgehen.

II. Die materiellen Wirkungen der L. C. sind allerdings darauf berechnet, den Vortheil des Klägers zu befördern. Denn der Kläger ist es, der durch die unvermeidliche Dauer des Rechtsstreits einen Nachtheil erleiden kann, und eben gegen diesen Nachtheil soll er künstlich geschützt werden durch die Reduction des Urtheils auf den Zeitpunkt der L. C. (e)

Indessen ist dieser Zweck nicht so abstract aufzufassen, als ob der Kläger in jedem einzelnen Falle durch jene Reduction nothwendig gewinnen, oder auch nur nicht verlieren müßte. Es können vielmehr durchkreuzende practische Rücksichten eintreten, welche in einzelnen Fällen einen anderen Erfolg herbeiführen. Solche Rücksichten können in anderen Fällen auch wohl die Anwendung jener Reduction selbst ausschließen.

Es ist daher überhaupt in diesem Rechtsinstitut eine gewisse practische Biegsamkeit wahrzunehmen.

III. Der Grundsatz, mit dessen Entwicklung in einzelnen Folgen wir uns nun zu beschäftigen haben, beruht auf einem so natürlichen Bedürfniß, daß wir eine frühe Anerkennung desselben wohl erwarten dürfen. Und in der That zeigt sich derselbe schon wirksam in der uralten Vindication durch legis actio. Bei dieser mußten im Anfang des Rechtsstreits vom Beklagten praedes litis et vindiciarum gestellt werden, Bürgen für die Sache selbst und die Früchte derselben, also gegen die Nachtheile, die dem

(e) *L.* 86. 87 *de R. I.* (50. 17), *L.* 29 *de nov.* (46. 2).

Kläger daraus entſtehen konnten, daß er die Beendigung des Rechtsſtreits abwarten mußte. In der ſpäteren Vindication per sponsionem trat an die Stelle jener alten praedes eine Stipulation pro praede litis et vindiciarum, das heißt als ein mit derſelben Wirkung verſehenes Surrogat. Und dieſe wieder ging bei der petitoria formula, mit Veränderung der Form und des Namens, in eine Stipulation judicatum solvi über (f).

Ich muß es daher als unhiſtoriſch verwerfen, wenn neuerlich behauptet worden iſt, jener Grundſatz der Reduction auf die Zeit der L. C. ſey die neue Erfindung eines poſitiven Geſetzes, des unter Hadrian über die Erbſchaftsklage erlaſſenen Senatsſchluſſes (g). Der Grundſatz ſelbſt war uralt, aber freilich nirgend abſtract ausgeſprochen, ſondern nur in einzelnen Anwendungen anerkannt. Unter den Händen der juriſtiſchen Schriftſteller wurde er allmälig ausgebildet und entwickelt. Auch der

(f) Gajus IV. § 91. 94. 89 Vergl. oben § 258. g. — Man könnte glauben, bei der petitoria formula fehle ein Verſprechen wegen der Früchte während des Rechtsſtreits. Allein dieſes liegt in den Worten des § 89: „ut si victus sis, *nec rem ipsam restituas*“ rel. Denn in dem restituere, durch deſſen Unterlaſſen die Stipulation des Beklagten und der Bürgen verletzt und zur Klage fällig gemacht (commissa stipulatio) wurde, lag auch der Erſatz der omnis causa. Vgl. die in Note a angeführten Stellen.

(g) Heimbach, Lehre von der Frucht S. 155 fg. — Fände ſich jener Grundſatz nur bei der Erbſchaftsklage und der damit nahe verwandten Eigenthumsklage erwähnt, ſo hätte die Behauptung noch einigen Schein; allein er kommt eben ſo auch bei den Condictionen vor, und es wird wohl Niemand annehmen wollen, daß dieſe unter dem Einfluß des Sc. Iuventianum geſtanden hätten. Vgl. *L.* 31 *de reb. cred.* (12. 1).

angeführte Senatsschluß nahm ihn in sich auf, und trug zur Ausbildung desselben bei. Es war also sehr natürlich, daß die gleichzeitigen und späteren Schriftsteller dieses Gesetz, vielleicht das ausführlichste über den ganzen Gegenstand, zum Anhaltspunkt ihrer eigenen Ausführungen wählten, ohne damit sagen zu wollen, daß jener Grundsatz erst durch jenes Gesetz neu eingeführt worden sey und vor demselben gar nicht gegolten habe (h).

IV. Der aufgestellte Grundsatz läßt sich in zwei Hauptregeln auflösen.

Es kann geschehen, daß die juristischen Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden sind, während der Dauer des Rechtsstreits aber verschwinden. Der Grundsatz führt dahin, daß nun die Verurtheilung dennoch erfolgen muß.

Es kann ferner geschehen, daß die Verurtheilung zwar auch noch späterhin erfolgt, aber dem Kläger weniger Vortheile verschafft, als er jetzt haben würde, wenn sie schon zur Zeit der L. C. erfolgt wäre. Der Grundsatz führt nun dahin, der Verurtheilung einen solchen Umfang zu geben, daß dadurch diese Differenz ausgeglichen wird.

Die erste Regel soll durch künstliche Reduction auf den Zeitpunkt der L. C. die Verurtheilung selbst sichern,

(h) So ist zu verstehen die Stelle des Paulus in *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). „Illud quoque, *quod in oratione D. Hadriani est*, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est."

da wo ohne dieſe Regel eigentlich eine Freiſprechung erfolgen müßte.

Die zweite Regel ſoll den Umfang der Verurtheilung ſo beſtimmen, daß der Kläger nicht weniger Vortheile erhalte, als er durch eine zur Zeit der L. C. erfolgte Verurtheilung jetzt haben würde.

Beide Regeln zuſammen, alſo der vollſtändige Grundſatz, in welchem ſie als verſchiedene Anwendungen enthalten ſind, werden bezeichnet durch den Ausdruck: *causa* praestanda est oder *causa* restitui debet (i). Causa alſo, oder omnis causa, causa omnis, heißt alles dasjenige, welches in Anwendung jener Regeln durch das richterliche Urtheil dem Kläger verſchafft werden ſoll.

§. 261.

Wirkung der L. C. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert.

Zuvörderſt ſind diejenigen Fälle zuſammen zu ſtellen, in welchen die Bedingungen der Verurtheilung zur Zeit der L. C. vorhanden ſind, während des Rechtsſtreits aber ver-

(i) In den meiſten Stellen worin dieſe Ausdrücke vorkommen, wird zufällig nur die zweite Regel als die häufigere und wichtigere, daran geknüpft; am häufigſten der Erſatz der Früchte. In folgenden Stellen aber wird der Ausdruck ſo gebraucht, daß er entſchieden beide Regeln umfaßt. § 3 *I. de off. jud.* (4. 17), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16) „Restituere autem is intelligitur, qui simul *et causam actori reddit*, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, *id est et usucapionis causam, et fructum.*“ Die usucapionis causa beſteht eben in einer Anwendung der erſten Regel.

ſchwinden. Die L. C. ſoll hier die Wirkung haben, daß die Verurtheilung dennoch geſichert bleibe (§ 260).

I. Klagverjährung nach der L. C.

Unter jene Fälle gehört, für Klagen aller Art, der Fall der Klagverjährung, welche zur Zeit der L. C. erſt angefangen war, während des Rechtsſtreits aber den für ihre Vollendung beſtimmten Zeitpunkt erreicht hat.

Nach dem älteren Recht ſollte die L. C. die Wirkung haben, daß die Verurtheilung dennoch ausgeſprochen würde, oder mit anderen Worten: die L. C. ſollte die angefangene Klagverjährung unterbrechen.

Dieſes hat ſich im neueren R. R. dadurch verändert, daß ſchon die Inſinuation der Klage die Klagverjährung völlig unterbrechen ſoll, wodurch alſo die erwähnte Wirkung, die im früheren Recht an die L. C. geknüpft war, nunmehr abſorbirt wird (§ 242. 243).

II. Uſucapion nach der L. C.

Bei den Klagen in rem kann es geſchehen, daß das Recht des Klägers (z. B. das Eigenthum), welches zur Zeit der L. C. vorhanden war, während des Rechtsſtreits untergegangen iſt; das ſoll die Verurtheilung nicht hindern.

Der wichtigſte Fall dieſer Art iſt der der Uſucapion; wenn nämlich der Beklagte, der die Uſucapion zur Zeit der L. C. angefangen hatte, dieſe während des Rechtsſtreits vollendet, ſo daß zur Zeit des Urtheils in der That nicht mehr der Kläger, ſondern vielmehr der Beklagte, wahrer

Eigenthümer ist. Wie ist dagegen dem Kläger zu helfen? (a)

Der Gedanke liegt sehr nahe, diesen Fall eben so zu behandeln wie den der Klagverjährung, also in die L. C. (oder auch in die Insinuation) eine Unterbrechung der Usucapion zu legen, die dann nicht ablaufen könnte, so daß das Eigenthum unverändert bliebe.

Dieser Gedanke ist jedoch dem R. R. völlig fremd, welches vielmehr den Fortgang und Ablauf der Usucapion während des Rechtsstreits auf unzweifelhafte Weise anerkennt (b). Es hilft aber dem Kläger auf indirecte Weise, indem es dem Beklagten die Verpflichtung auflegt, das wirklich erworbene Eigenthum auf den Kläger zurück zu übertragen, welches im älteren Recht oft durch Mancipation geschehen mußte, im neuesten Recht aber stets durch Tradition bewirkt wird. Daneben soll der Beklagte auch noch Caution stellen für den Fall, daß er etwa in der Zwischenzeit, worin er Eigenthümer war, nachtheilige Veränderungen in dem Recht an der Sache vorgenommen haben sollte (c).

(a) Sehr gut handelt von diesem Fall Keller S. 173—179.

(b) *L.* 2 § 21 *pro emt.* (41. 4), *L.* 17 § 1 *in f. de rei vind.* (6. 1). — Auch die in der folgenden Note angeführten Stellen beweisen diesen Satz völlig, weil eine Rückübertragung des Eigenthums weder nöthig noch möglich wäre, wenn nicht der Beklagte durch vollendete Usucapion Eigenthum erworben hätte.

(c) *L.* 18. 20. 21 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 35 *de V. S.* (50. 16 vgl. oben § 260. i), *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5) „quemadmodum placet in dominio aedium.“ — Wenn *L.* 18 *cit.* sagt: „debet eum *tradere*,“ so ist das eine unzweifelhafte Interpolation, da Gajus

Aus zwei verſchiedenen Gründen iſt behauptet worden, daß im heutigen Recht dieſe Regeln nicht mehr gelten, indem jetzt auch für die Uſucapion eine wahre Unterbrechung durch die L. C. (oder durch die Inſinuation) eintrete.

Erſtlich iſt behauptet worden, die L. C. mache den Beſitz zu einem unredlichen, die Uſucapion aber werde durch jede mala fides, auch durch die mala fides superveniens, nach den Vorſchriften des canoniſchen Rechts unterbrochen (§ 244). — Von der Unredlichkeit des Beſitzes, die durch die L. C. bewirkt werden ſoll, wird unten ausführlich geſprochen werden (§ 264). Wenn man ſie auch in einem figürlichen Sinn, durch eine Art von Fiction, annehmen wollte, ſo kann ſie doch in der unmittelbaren Bedeutung, wie ſie das canoniſche Recht unzweifelhaft auffaßt, unmöglich behauptet werden; es wäre widerſinnig zu ſagen, jeder Beklagte befinde ſich von der L. C. an in einem ſündlichen Zuſtand, und in dieſem Sinn faßt das canoniſche Recht die mala fides auf. — Dieſer Grund für eine veränderte Rechtsregel muß alſo entſchieden als unhaltbar verworfen werden (d).

Ein zweiter Grund für eine Veränderung der Rechtsregeln hat ungleich mehr Schein. Neben der Uſucapion, und als Ergänzung derſelben, wurde ſchon frühe eine longi temporis praescriptio von zehn oder zwanzig Jahren eingeführt. Dieſes war eine reine Klagverjährung, und es

ſehr wohl wußte, daß das Eigenthum eines Sklaven nicht durch Tradition, ſondern nur durch Mancipation oder in jure cessio übertragen werden konnte.

(d) So wird die Sache richtig dargeſtellt von Kierulff S. 277, und Wächter H. 3 S. 105.

iſt unzweifelhaft, daß ſie, ſo wie jede andere Klagverjährung, durch die L. C. (ſpäter durch die Inſinuation) unterbrochen wurde (e). Nun hat Juſtinian an die longi temporis possessio, welche früher nur eine praescriptio begründete, bei unbeweglichen Sachen die Wirkung der Uſucapion geknüpft: im Fall der bona fides ſogar auch an den dreißig- oder vierzig-jährigen Beſitz, und ohne Unterſchied der beweglichen und unbeweglichen Sachen (f). Hierüber haben ſich zwei verſchiedene Meinungen gebildet. Nach der einen Meinung hat der Erwerb von 10, 20, 30 Jahren, auch nachdem ihm gleiche Wirkung mit der Uſucapion beigelegt worden iſt, dennoch ſeine urſprüngliche Natur einer Klagverjährung beibehalten, ſo daß darauf die Unterbrechung durch Inſinuation der Klage anzuwenden iſt (g). Nach der anderen Meinung iſt jeder Erwerb, welchem Juſtinian die Wirkung einer Uſucapion beigelegt hat, als eine wahre, eigentliche Uſucapion, nur mit anderen Zeitfriſten als denen des älteren Rechts anzuſehen, und es ſind darauf alle Beſtimmungen des älteren Rechts über die Uſucapion unmittelbar anzuwenden, namentlich auch die Beſtimmung, daß die L. C. den Lauf dieſer Uſucapionen nicht unterbricht, ſondern nur eine Verpflichtung des Beklagten zur Rückgabe des Eigenthums erzeugt.

(e) *L.* 1. 2. 10 *C. de praescr. longi temp.* (7. 33), *L.* 2 *C. ubi in rem* (3. 19), *L.* 26 *C. de rei vind.* (3. 32).

(f) *L.* 8 *pr.* § 1 *C. de praescr. XXX.* (7. 39) vom J. 528.

(g) Wächter §. 3 S. 99—104.

Ich halte die zweite Meinung für die richtige, und zwar hauptſächlich deswegen, weil Juſtinian ſelbſt den Beſitz von 3, 10, 20 Jahren geradezu als Uſucapion bezeichnet (h), und dadurch als einen Rechtsbegriff aufſtellt, auf welchen er die in ſeinen Rechtsbüchern über die Uſucapion aufgeſtellten Vorſchriften angewendet wiſſen will. — Für die entgegengeſetzte Meinung wird ein Geſetz von Juſtinian angeführt, welches folgenden Inhalt hat (i). Wenn der Eigenthümer eine Vindication gegen den Beſitzer ſeiner Sache deswegen nicht anbringen kann, weil dieſer Beſitzer abweſend, oder Kind, oder wahnſinnig iſt, ſo darf der Eigenthümer ſeine Klage bei dem Präſes, oder dem Biſchof, oder dem Defenſor einreichen u. ſ. w.

„et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit.“ (Vorher heißt es: interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem.)

Aus dieſen Worten wird gefolgert, die Klage unterbreche jetzt wirklich die Uſucapion. Allein Juſtinian hatte

(h) *pr. J. de usuc.* (2. 6) „et ideo Constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, i. e. inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, *usucapiantur*.“ — Daß hier der dreißigjährige Beſitz nicht mit aufgeführt iſt, mag aus Nachläſſigkeit oder aus Rückſicht auf deſſen exceptionelle Natur und Beſchaffenheit herrühren; eine weſentliche Verſchiedenheit kann aus dieſer Auslaſſung auch für dieſen Fall nicht abgeleitet werden. Auch er enthält eine wahre Uſucapion, und wird nur zufällig nicht ſo genannt.

(i) *L.* 2 *C. de ann. exc.* (7. 40).

in dieſem Geſetz augenſcheinlich nur den Zweck, für einen ſeltenen Nothfall eine rein practiſche Auskunft zu erfinden, nicht die feinere Natur dieſer Rechtsverhältniſſe zu beſtimmen. Für jenen practiſchen Zweck war durch die neue Vorſchrift völlig geſorgt, und in dieſer Hinſicht konnte man es eine interruptio nennen, weil es für den vorliegenden Zweck, wenn der Kläger wirklich Eigenthum hatte, ganz gleichgültig war, ob die Uſucapion unterbrochen, oder dem Kläger ein Anſpruch auf Verurtheilung des Gegners zur Rückgabe des Eigenthums geſichert war. Die dreijährige Uſucapion war doch gewiß nicht aus einer alten Klagverjährung hervorgegangen, und bei ihr iſt alſo nicht einmal eine ſcheinbare Veranlaſſung anzugeben, weshalb ſie hätte die Natur einer eigentlichen Uſucapion verlieren, und in die einer Klagverjährung umgebildet werden ſollen; dennoch iſt auch ſie, wie die übrigen Fälle, in jenem Geſetz ausdrücklich mit aufgeführt, und mit ihnen ganz auf gleiche Linie geſtellt.

Dieſe ganze Streitfrage übrigens iſt von geringer practiſcher Erheblichkeit. Die Fälle, in welchen die Gefahr einer Uſucapion durch Klage abgewendet werden muß, ſind überhaupt nicht häufig, und wo ſie vorkommen, iſt es für die Sicherheit des alten Eigenthümers ziemlich gleichgültig, ob er durch Unterbrechung der Uſucapion geſchützt wird, oder vielmehr, wie ich glaube, auf dem Wege, den dafür das ältere R. R. angiebt.

Dieſelben Regeln, welche hier für die Uſucapion aufgeſtellt worden ſind, müſſen auch angewendet werden, wenn

eine Servitut durch confeſſoriſche Klage verfolgt wird, und während des Rechtsſtreits, nach der L. C., die für den Nichtgebrauch beſtimmte geſetzliche Friſt abläuft. In dieſem Fall geht die Servitut durch Nichtgebrauch wirklich unter, der Beklagte muß aber verurtheilt werden, ſie durch eine neue juriſtiſche Handlung wiederherzuſtellen: nach dem älteren Recht durch in jure cessio, nach dem neueren durch Vertrag (k).

III. Perſönliche Klagen, deren Grund nach der L. C. verſchwindet.

Bei den perſönlichen Klagen kommt zuerſt der Fall in Betracht, wenn während des Rechtsſtreits die Obligation untergeht, und zwar durch freiwillige Leiſtung von Seiten des Beklagten. Man ſollte glauben, es hätte nie bezweifelt werden können, daß nun der Rechtsſtreit von ſelbſt zu Ende ſey. Bei den arbiträren Klagen war dieſes auch in der That der Fall, indem durch die ganze Behandlung derſelben recht abſichtlich auf die freiwillige Erfüllung mit dem Erfolg der Freiſprechung hingewirkt werden ſollte. Allein bei den übrigen Klagen war die Sache ſtreitig, jedoch wahrſcheinlich nur bei den ſtrengen Klagen. Die härtere Meinung der Proculianer ging dahin, daß dennoch der Beklagte verurtheilt werden ſollte. Die mildere Meinung der Sabinianer nahm die Freiſprechung an, und dieſe Meinung wurde durch die Regel ausgedrückt: omnia judi-

(k) *L.* 5 § 5 *si usufr.* (7. 6), *L.* 10 *de usufr. accresc.* (7. 2), *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5). Vgl. Keller S. 175.

cia esse absolutoria (l). Natürlich hat Juſtinian dieſe mildere Meinung angenommen (m).

Außer der Erfüllung kommen noch folgende einzelne, weniger erhebliche Fälle vor, worin während des Rechtsſtreits die urſprünglich vorhandene Bedingung einer perſönlichen Klage wegfallen kann.

Wegen des von einem Sklaven begangenen Diebſtahls hatte der Beſtohlene eine Noxalklage gegen den Eigenthümer des Sklaven; das Eigenthum wurde erfordert zur Zeit der L. C. Wenn nun der Beklagte den Sklaven nach der L. C. veräußerte, ſo entgieng er dadurch der Verurtheilung nicht, ſelbſt wenn die Veräußerung an den Kläger geſchah (n).

Bei der Klage ad exhibendum beſteht die Hauptbedingung in einem rechtlichen Intereſſe des Klägers an der Exhibition. Wenn nun dieſes zur Zeit der L. C. vorhanden iſt, nachher verſchwindet, ſo müßte nach unſrem Grundſatz der Beklagte verurtheilt werden. Hier aber tritt eine Ausnahme ein, indem die Verurtheilung nur dann erfolgen ſoll,

(l) Gajus IV. § 114. Aber auch nach der ſtrengeren Meinung ſollte doch wahrſcheinlich nicht der Beklagte die doppelte Leiſtung bekommen und behalten. Vielleicht wurde er dagegen durch eine condictio sine causa geſchützt. Ausführlich handelt von dieſer Frage Keller S. 180—184.

(m) § 2 *J. de perpet.* (4. 12). Eine Spur des verworfenen ſtrengeren Grundſatzes iſt wahrſcheinlich aus Verſehen in die *L.* 84 *de V. O.* (45. 1) übergegangen. Vgl. oben B. 5 S. 135, und Wächter H. 3 S. 26.

(n) *L.* 37 *L.* 38 *pr. de nox. act.* (9. 4)

wenn auch noch zur Zeit des Urtheils das Intereſſe des Klägers fortdauert (o).

Nach der L. Julia ſollte die Klage gegen einen Freigelaſſenen auf eine operarum obligatio ausgeſchloſſen ſeyn, wenn der Freigelaſſene zwei Kinder hatte. Wenn nun nach der L. C., während des Rechtsſtreits, das zweite Kind geboren wurde, ſo hätte eigentlich, nach unſrem Grundſatz, die Verurtheilung erfolgen müſſen. Hier aber wurde das Gegentheil angenommen, offenbar aus derſelben Begünſtigung, woraus dieſes ganze Privilegium entſprungen war (p).

§. 262.

Wirkung der L. C. — I. Verurtheilung ſelbſt geſichert. (Fortſetzung.)

IV. Uebergang der Klagen auf die Erben.

Unter den perſönlichen Klagen finden ſich viele, die nicht gegen die Erben des urſprünglichen Schuldners angeſtellt werden können, und unter dieſen ſind die wichtigſten die Pönalklagen. Für alle dieſe Klagen gilt die durchgreifende Regel, daß ſie auf die Erben übergehen, wenn der Beklagte erſt nach der L. C. ſtirbt (a). Dieſe Regel iſt die unmit-

(o) *L.* 7 § 7 *ad exhib.* (10. 4).

(p) *L.* 37 *pr.* § 6 *de op. libert.* (38. 1).

(a) *L.* 58 *de O. et A.* (44. 7), *L.* 29 *de nov.* (46. 2), *L.* 87. 139 *pr. de R. J.* Vgl. B. 5 § 211. g, § 230, und Keller § 20. — Die *L.* 33 *de O. et A.* (44. 7), die hierin beſondere Schwierigkeit macht, iſt ſchon oben § 257 erklärt worden. — Die, ohnehin weit ſeltneren Klagen, die von Seiten des Klagberechtigten unvererblich ſind, richten ſich nach ganz anderen Regeln, und werden nicht erſt durch die L. C. der Vererbung fähig.

telbare Folge der in der L. C. enthaltenen contractlichen Obligation, durch welche diejenige Eigenſchaft des urſprünglichen Rechtsverhältniſſes abſorbirt wird, in welcher die Unvererblichkeit deſſelben gegründet war.

V. Entſtehung des Rechts nach der L. C.

Bisher ſind die Fälle erwogen worden, in welchen das zur Zeit der L. C. vorhandene Recht des Klägers während des Rechtsſtreits verſchwindet; unſer Grundſatz führte dahin, daß dieſe Änderung dem Kläger nicht ſchaden ſoll. Wir haben jetzt den umgekehrten Fall zu betrachten, wenn das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. nicht vorhanden iſt, während des Rechtsſtreits aber entſteht; wenn alſo z. B. ein Nichteigenthümer vindicirt und während des Rechtsſtreits Erbe des Eigenthümers wird, oder wenn ein Anderer als der Creditor eine wirklich vorhandene Schuld einklagt, während des Rechtsſtreits aber durch Beerbung des wahren Creditors die Forderung erwirbt (b).

Hier iſt zuvörderſt einleuchtend, daß unſer Grundſatz keine Anwendung finden kann. Wollte man auf das neu erworbene Recht eine Verurtheilung gründen, ſo würde dadurch nicht etwa ein durch die Dauer des Rechtsſtreits herbeigeführter Verluſt von dem Kläger abgewendet werden (worauf allein unſer Grundſatz abzweckt), ſondern der Kläger würde durch jene Dauer Etwas gewinnen, da

(b) Von dieſer Frage handeln: Voetius VI. 1 § 4 (kurz und gründlich), Glück B. 8 S. 147 bis 151, mit ausführlicher Angabe der Schriftſteller, und Wächter H. 3 S. 120—124.

er zur Zeit der L. C. unzweifelhaft abgewiesen worden wäre.

Ferner ist das practische Interesse dieser Frage an sich weit geringer. In dem bisher betrachteten umgekehrten Fall kam es darauf an, den Kläger gegen den Verlust des Rechts selbst zu schützen, den er z. B. durch den ungeschwächten Fortgang der Klagverjährung oder der Usucapion erlitten haben würde. Dieser Verlust des Rechts selbst kann hier in keinem Fall eintreten. Lassen wir die Beachtung des neu erworbenen Rechts im gegenwärtigen Prozeß zu, so erreicht der Kläger seinen Zweck sogleich; lassen wir sie nicht zu, so wird der Beklagte freigesprochen, der Kläger kann aber in einer neuen Klage sein Recht geltend machen, und verliert also blos Zeit und Prozeßkosten. Dieses galt selbst nach der Strenge des alten R. R., da das neu erworbene Recht eine nova causa bildete, also durch die frühere Klage nicht in judicium deducirt und consumirt war (c). Das Interesse der Frage ist also nicht materiell, nur prozessualisch, woraus übrigens nicht folgt, daß wir deshalb weniger sorgfältig auf die Entscheidung derselben einzugehen hätten.

A. Nach R. R. muß angenommen werden, daß der spätere Erwerb des Rechts die Verurtheilung nicht rechtfertigt. Dafür sind folgende Stellen entscheidend:

L. 23 *de jud.* (5. 1) von Paulus: „Non potest

(c) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. rei jud.* (44. 2). Diese Stelle wird in der Lehre vom Urtheil vollständig benutzt werden.

videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.“ Das heißt: die nach der L. C. eintretenden Veränderungen dürfen auf das Urtheil dieſes Judex keinen Einfluß haben; es bedarf alſo einer neuen Klage (d) um ſie geltend zu machen. Dieſe Regel wird hier ganz allgemein aufgeſtellt, ohne Unterſchied zwiſchen in rem und in personam, zwiſchen stricti juris und bonae fidei actio.

L. 35 *de jud.* (5. 1) von Javolenus: „Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: judicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse.“ Dieſe Stelle ſpricht blos von perſönlichen Klagen, von dieſen aber ganz allgemein, ohne Unterſchied zwiſchen ſtrengen und freien.

Eine beſtätigende Anwendung der aufgeſtellten Regel findet ſich bei der actio ad exhibendum. Die Bedingung dieſer Klage iſt ein rechtliches Intereſſe des Klägers bei der Exhibition. Wenn nun dieſes Intereſſe zur Zeit der

(d) Interpellare für judicio interpellare, verklagen, kommt auch ſonſt öfter vor, z. B. *L.* 1 *de distr.* (20. 5), *L.* 13 § 3 *de injur.* (47. 10).

L. C. fehlt, während des Rechtsstreits aber entsteht, so soll dennoch keine Verurtheilung erfolgen, indem das Daseyn des Interesse in beiden Zeitpunkten (L. C. und Urtheil) erfordert wird (e).

Eine fernere Bestätigung liegt in folgender wichtigen Regel, deren vollständiger Zusammenhang erst weiter unten in der Lehre vom Urtheil erklärt werden kann. Wenn der Kläger das Eigenthum der vindicirten Sache erst nach der L. C. erwirbt, so soll ihm das abweisende Urtheil bei einer neu angestellten Vindication nicht als Exception entgegen gesetzt werden können (f). Dies wird hier allgemein ausgesprochen, ohne Unterschied, ob der neue Erwerb vor oder nach dem ersten Urtheil eingetreten ist. Zwar wird zunächst nur die Wirksamkeit der exceptio rei judicatae im zweiten Prozeß verneint, und es wird nicht ausdrücklich die Frage berührt, ob etwa auch schon in der ersten Vindication der Richter wegen des inzwischen erworbenen Eigenthums verurtheilen dürfe. Allein die Gründe, die der Jurist zur Bestätigung seines Ausspruchs anführt, lassen keinen Zweifel, daß er eine solche Verurtheilung für unmöglich halten mußte (g).

Viele Schriftsteller haben einen Widerspruch gegen die

(e) *L.* 7 § 7 *ad exhib.* (10. 4), vgl. oben § 261. o.

(f) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. rei jud.* (44. 2).

(g) *L. cit.* „. . . alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit."

hier aufgeſtellte Behauptung in folgender Stelle des Paulus finden wollen (h):

„Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea, mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat.“

Dieſer Widerſpruch iſt in der That nicht vorhanden. Durch den übernommenen Auftrag das Geld einzufordern, iſt die actio mandati bereits vollſtändig begründet, und durch die während des Rechtsſtreits erfolgte Einforderung kann höchſtens der Inhalt und Umfang des Urtheils etwas anders beſtimmt werden. Paulus will alſo nicht ſagen, daß nur im Fall einer früheren Einforderung eine Verurtheilung überhaupt erfolgen ſolle (i); die Meinung geht vielmehr dahin, daß nach der Einforderung unbedingt auf die Auszahlung des erhobenen Geldes erkannt werde, anſtatt daß vor der Einforderung auf die Vollziehung des Auftrags (nach R. R. auf das Intereſſe) erkannt werden müßte. Der Ausſpruch des Paulus muß daher in Gedanken ſo ergänzt werden: *decem* condemnandum te esse constat. — Um den vermeintlichen Widerſpruch zwiſchen dieſer Stelle und den oben angeführten zu löſen, haben mehrere Schriftſteller (k) einen Unterſchied zwiſchen den

(h) *L.* 17 *mandati* (17. 1).

(i) So verſtehen die Gegner die Stelle, indem ſie durch das arg. a contrario hinzudenken: si non exegeris, absolvendum te esse. Allein die unbedingte Anwendung dieſes Arguments iſt überall bedenklich, und ſie muß beſonders hier verworfen werden, da die Abſolution, nach der allgemeinen Natur der Mandatsklage, in keinem Fall zu rechtfertigen wäre.

(k) Keller S. 185. 187. Wächter H. 3 S. 121.

stricti juris und bonae fidei actiones behauptet; bei jenen ſoll die ſtrengere, bei dieſen (wohin denn eben die Mandatsklage zu rechnen wäre) die mildere Regel gegolten haben. Durch die eben aufgeſtellte Erklärung fällt das Bedürfniß einer ſolchen Vereinigung hinweg. Sie wird aber auch dadurch widerlegt, daß die oben angeführten Stellen über die ſtrengere Regel nicht auf die stricti juris actiones beſchränkt ſind, während umgekehrt gerade bei der actio ad exhibendum die ſtrengere Regel eintritt (Note e), obgleich die actio ad exhibendum unter die arbiträren, alſo unter die freieſten Klagen überhaupt, gehört.

In der That hängt aber auch die hier erörterte Regel mit den ſtrengen, buchſtäblichen Formen des alten Prozeſſes gar nicht zuſammen. Sie beruht vielmehr auf der ganz natürlichen Betrachtung, daß für Fälle wie der hier vorausgeſetzte die Anſtellung einer neuen Klage an ſich zweckmäßiger iſt, und daß die entgegengeſetzte Behandlung das Recht des Beklagten gefährden kann, indem dieſer bis dahin unmöglich ſeine Vertheidigung auf das angeblich neu erworbene Recht des Klägers einrichten konnte.

Andere Stellen, wodurch man die hier vertheidigte Regel zu widerlegen geſucht hat, beziehen ſich gar nicht auf den Fall, wenn das Recht des Klägers zur Zeit der L. C. fehlt, ſpäter erworben wird (von welchem Fall hier allein die Rede iſt), ſondern vielmehr auf die während des Prozeſſes eintretenden factiſchen Veränderuugen; von dieſen aber wird weiter unten (No. VI.) noch beſonders die Rede ſeyn.

Mit Unrecht hat man mit der Erörterung unſrer Frage folgende ganz andere in Verbindung zu bringen geſucht. Wenn der Kläger aus Verſehen in der Klage einen unrichtigen Gegenſtand, oder eine zu geringe Summe bezeichnet, ſo ſoll ihm dieſes für die Erhaltung ſeines Rechts keine Gefahr bringen; und zwar nach dem älteren Recht, indem es ihm ſtets frei ſtand, durch eine neue Klage den Irrthum zu berichtigen (l): nach dem Juſtinianiſchen Recht, indem er die Berichtigung noch in demſelben Prozeß mit Erfolg vornehmen kann (m). — Eine ſolche Berichtigung der in der Klage begangenen Irrthümer iſt von dem hier vorliegenden Fall eines erſt während des Rechtsſtreits neu entſtandenen Rechts des Klägers völlig verſchieden.

B. Nach dem canoniſchen Recht hat unſre Rechtsregel eine weſentliche Abänderung erlitten. P. Innocenz IV. hat nämlich folgenden Unterſchied aufgeſtellt (n). Wenn in der Klage nicht nur das Recht ſelbſt, ſondern auch der Erwerbsgrund deſſelben, beſtimmt ausgedrückt ſey, ſo ſolle im Fall eines ſpäteren Erwerbs (ganz wie im R. R.) die Verurtheilung nicht erfolgen dürfen, ſondern vielmehr eine neue Klage erforderlich ſeyn. Wenn dagegen die Klage

(l) Gajus IV. § 55. 56. — In manchen Fällen war nach altem Recht auch ſchon in dem erſten Prozeß eine Berichtigung des begangenen Irrthums zuläſſig, und zwar gerade in ſolchen Fällen, worin außerdem eine neue Klage durch die Conſumtion ausgeſchloſſen ſeyn würde.

(m) § 34. 35 *J. de act.* (4. 6). Nach den Regeln des heutigen gemeinen Prozeſſes würde eine ſolche Veränderung des Klaglibells nicht mehr zuläſſig ſeyn.

(n) *C.* 3 *de sentent. in VI.* (2. 14).

nur das Recht ſelbſt (z. B. Eigenthum), nicht den Erwerbsgrund (z. B. Uſucapion), ausdrücke, ſo ſolle der während des Rechtsſtreits eintretende Erwerb auch ſchon jetzt, ohne neue Klage, zur Verurtheilung führen.

Um dieſe ſehr weitläufige Verordnung gegen die unrichtige Deutung zu ſchützen, die dafür neuerlich verſucht worden iſt (o), muß die Bemerkung vorausgeſchickt werden, daß dieſe Decretale, ſo wie viele andere, aus zwei verſchiedenen Theilen zuſammengeſetzt iſt. Sie enthält zuerſt einen Auszug der Prozeßacten, alſo die Behauptungen und Gründe beider Parteien. Darauf folgt das ausgeſprochene Urtheil des Richters, welches am Schluß des ganzen Geſetzes der Papſt beſtätigt, und dadurch zur geſetzlichen Kraft erhebt (p). In dem Urtheil des Richters, alſo in dem geſetzlichen Theil der ganzen Stelle, lauten die entſcheidenden Worte alſo:

„Ex iis enim, quae post inchoatum judicium eveniunt, quando causa fuit exposita specialis, nec debet nec potest judicis animus ad proferendam sententiam informari, quia, quum certae causae facta est mentio, utpote donationis vel venditionis aut alterius specialis, oportet incepti judicii tempus attendi, ut liquido cognoscatur, an tunc interfuerit actoris, propter illa,

(o) Wächter §. 3 S. 122. 123.

(p) „Nos igitur, cardinalis ejusdem sententiam ratam habentes, eam auctoritate apostolica confirmamus.“ — Die richterliche Entſcheidung, die hier mit Geſetzeskraft verſehen wird, fängt an mit den Worten: „Praefatus igitur cardinalis, praemissis omnibus.“

quae specialem comitantur causam et necessario adesse debent, veluti locus et tempus et hujusmodi, quae sunt sollicite attendenda, et sine quibus causa vacua et invalida censeretur. Sed quum est in genere absque alicujus causae declaratione petitum, non sic oportet accepti judicii tempus inspici, quia non requiruntur, nec sunt opportuna, nec attendi possunt hujusmodi comitantia in hoc casu."

In dieſen Worten iſt genau und unzweideutig die Unterſcheidung von zwei Fällen möglicher Abfaſſung der Klage (nämlich mit oder ohne Angabe des Erwerbsgrundes für das eingeklagte Recht) enthalten, welchen ich oben als Inhalt des Geſetzes angegeben habe (q). Und dieſe Unterſcheidung muß daher auch für unſer heutiges gemeines Recht maßgebend ſeyn.

(q) Wächter §. 3 S. 122. 123. faßt die Sache ſo auf, als ſey die Benutzung des neuen Erwerbes auch in dem Fall zuläſſig, wo aus einem ſpeciellen Erwerbsgrunde geklagt wird, wenn nur ſpäterhin „gerade derjenige Erwerbungsgrund, auf welchen die dingliche Klage geſtützt wird, durch ein ſpäteres Ereigniß begründet wurde;" welches ohne Zweifel ſo viel heißen ſoll, als: der ſpätere wahre Erwerbungsgrund müſſe mit dem früheren falſchen gleichnamig ſeyn — denn identiſch iſt er mit demſelben niemals, wie es gerade in den Worten der Decretale ſehr richtig anerkannt wird. Wächter beruft ſich zum Beweiſe dieſer Behauptung auf eine Stelle der Decretale, welche nicht zu der richterlichen und geſetzlichen Entſcheidung, ſondern zu den Prozeßacten gehört, alſo an ſich gar nichts beweiſen kann. Dieſe Verwechſlung verſchuldet zunächſt Glück, welcher S. 149. 150 gerade dieſe Stelle der Prozeßacten als das eigentliche Geſetz irrig abdrucken läßt. Aber auch ſelbſt die allegirte Stelle der Prozeßacten hat, genauer angeſehen, nicht den von Wächter angenommenen Inhalt, ſondern ſtimmt eigentlich ganz mit der nachfolgenden geſetzlichen Entſcheidung überein.

Es versteht sich aber dabei von selbst, daß auch in dem von dem Papst anerkannten Fall der Kläger dennoch keinen Gebrauch von dem während des Rechtsstreits eingetretenen Erwerb des Rechts machen kann, wenn die allgemeinen für den Prozeßgang bestehenden Regeln damit im Widerspruch sind; insbesondere also in dem Fall, wenn erst nach dem Beweistermin der neue Erwerb Statt findet (r).

§. 263.

Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert. (Fortsetzung.)

VI. Factische Verhältnisse.

Wenn man die Bedingungen vollständig anzugeben versucht, durch welche eine Verurtheilung überhaupt, oder doch der Umfang einer Verurtheilung, bestimmt wird, so finden sich unter denselben außer dem Rechte des Klägers, wovon allein bisher die Rede war, auch noch manche factische Verhältnisse, die in Vergleichung mit jenem Rechte des Klägers (der eigentlichen Grundlage jeder Klage), als Nebenumstände aufgefaßt werden können. Bei der Vindication z. B. ist die Hauptbedingung der Klage das Eigenthum des Klägers: daneben aber ist auch der Besitz des Beklagten nöthig, wenn eine Verurtheilung erfolgen soll. Auch für solche factische Verhältnisse muß die Frage beantwortet werden, in welcher Zeit das Daseyn derselben erforderlich ist. Wenngleich nun sich dabei zeigen wird, daß die L. C.

(r) Stryk Lib. 6. Tit. 1 § 11. Wächter S. 124.

nicht der erforderliche Zeitpunkt iſt, ſo darf dennoch auch hier dieſe Unterſuchung nicht abgelehnt werden, weil außerdem neben den Wirkungen der L. C. ein benachbarter unbeſtimmter Raum übrig bleiben würde, in welchem Zweifel und Misverſtändniſſe über die L. C. Platz nehmen können, und wirklich nicht ſelten genommen haben (a).

Es ſind dabei in gleicher Art, wie es bei dem Recht des Klägers geſchehen iſt, zwei Fälle zu unterſcheiden.

Erſtlich kann ein ſolches factiſches Verhältniß zur Zeit der L. C. vorhanden ſeyn, nachher verſchwinden. Zweitens kann daſſelbe zur Zeit der L. C. fehlen, nachher entſtehen.

Der erſte Fall wird zweckmäßiger weiter unten, in anderem Zuſammenhang, betrachtet werden. Wenn nämlich bei der Vindication der zur Zeit der L. C. vorhandene Beſitz des Beklagten während des Rechtsſtreits verloren geht, ſo gehört die Beurtheilung dieſes Falles in die Reihe der möglichen Verminderungen, für welche der Beklagte nach Umſtänden Entſchädigung zu leiſten oder nicht zu leiſten hat. Davon wird in vollſtändigem Zuſammenhang bei den Wirkungen der L. C. auf den Umfang der Verurtheilung gehandelt werden (§ 272 fg.).

Es bleibt alſo hier nur der zweite Fall zu erwägen übrig, wenn das erforderliche factiſche Verhältniß zur Zeit der L. C. fehlt, während des Rechtsſtreits aber entſteht.

Hier iſt als Regel anzunehmen, daß der Zuſtand zur

(a) Von dieſer Frage handeln: Keller S. 190—194. Wächter H. 3 S. 126.

Zeit der L. C. Nichts bedeutet, und daß es allein darauf ankommt, ob das factische Verhältniß zur Zeit des Urtheils vorhanden ist. Es gilt also hierin die umgekehrte Regel von derjenigen, welche oben für das Recht des Klägers angegeben worden ist (§ 262).

Die hier aufgestellte Regel soll zunächst bei den einzelnen Klagen, worin sie vorkommt, nachgewiesen werden; daran wird sich eine allgemeinere Betrachtung anschließen können.

A. Bei der Vindication des Eigenthums ist es gleichgültig, ob der Beklagte zur Zeit der L. C. den Besitz hat; zur Zeit des Urtheils muß dieser Besitz nothwendig vorhanden seyn (b).

Eine bloße Anwendung dieser Regel ist es, daß der Erbe des Beklagten, der als solcher zur Uebernahme der Vindication nicht verpflichtet ist (c), in diese Verpflichtung eintritt, sobald er selbst den Besitz erwirbt (d).

B. Bei der Erbschaftsklage wird der Beklagte verur-

(b) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1), *L.* 27 §. 1 *de rei vind.* (6. 1) „. . si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.“ Zu diesem ganz klaren Ausspruch, welcher mit allen übrigen Stellen übereinstimmt (s. die folgenden Noten) paßt freilich nicht der Anfang des §: „Possidere autem aliquis debet utique *et* litis contestatae tempore, *et* quo res judicatur.“ Es muß dahin gestellt bleiben, ob bei diesem Widerspruch eine ungenaue Fassung der angeführten Anfangsworte zum Grunde liegt, oder vielmehr die Erwähnung einer älteren Controverse, die nur in dem unvollständigen Excerpt der Compilatoren nicht mehr erkennbar ist. Keller S. 191. 192.

(c) *L.* 42 *de rei vind.* (6. 1).

(d) *L.* 8 *in f. ad exhib.* (10. 4).

theilt, je nach dem Beſitz den er zur Zeit des Urtheils an Erbſchaftsſachen hat, ohne Rückſicht darauf, ob er vielleicht zur Zeit der L. C. aus der Erbſchaft gar Nichts oder weniger als zur Zeit des Urtheils, beſeſſen hatte (e).

C. Bei der actio ad exhibendum kommt es lediglich darauf an, ob der Beklagte zur Zeit des Urtheils die Sache beſitzt (f), und eben ſo iſt der Erbe des urſprünglichen Beklagten zu verurtheilen, wenn er ſelbſt nur vor dem Urtheile Beſitzer geworden iſt (g).

D. Bei der actio de peculio hängt der Erfolg von dem Geldwerthe ab, welchen das Peculium hat. Dieſer Werth aber wird beſtimmt nach der Zeit des Urtheils, nicht der L. C. (h). Ja ſelbſt wenn der mit dieſer Klage Belangte während des Rechtsſtreits den Sklaven verkauft, ſo wird er dennoch bis auf die Höhe desjenigen Werthes verurtheilt, welcher ſich zur Zeit des Urtheils findet (i).

E. Wenn bei der actio depositi der Beklagte zur Zeit des Urtheils die Sache beſitzt und zu ihr gelangen kann, ſo wird er verurtheilt, ſelbſt wenn im Anfang des Rechtsſtreites, weil es an einem dieſer Umſtände fehlte, eine Freiſprechung hätte erfolgen müſſen (k).

(e) *L.* 18 § 1 *de her pet.* (5. 3), *L.* 4 *L.* 41 *pr. eod.* — Bloße Anwendungen dieſer Regel ſind es, welche ſich in *L.* 16 *pr.* und *L.* 36 § 4 *eod.* finden.

(f) *L.* 7 § 4 *ad exhib.* (10. 4), *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1).

(g) *L.* 8 *ad exhib.* (10. 4).

(h) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1). — *L.* 7 § 15 *quib. ex causis* (42. 4), *L.* 5 § 2 *de lib. leg.* (34. 3), *L.* 35 *de fidej.* (46. 3).

(i) *L.* 43 *de pec.* (15. 1). — Stirbt der Sklave während des Rechtsſtreits, ſo wird auf den Werth zur Zeit des Todes geſehen.

(k) *L.* 1 § 21 *depos.* (16. 3). Die einzelnen Ausdrücke dieſer Stelle

F. Die Verurtheilung bei der actio pignoratitia hängt davon ab, daß die Schuld, wofür das Pfand gegeben war, getilgt sein muß (l). Wenn aber nur der Kläger auch während des Rechtsstreits die Zahlung der Schuld anbietet, so muß dennoch die Verurtheilung auf Rückgabe des Pfandes erfolgen (m).

Ulpian giebt als Grund dieser Regel und ihrer einzelnen Anwendungen den Umstand an, daß von jenen factischen Verhältnissen (dem Besitz, dem Werth des peculii,) nichts in der Intentio stehe, weshalb der Mangel jener Verhältnisse die Richtigkeit der Klage, und also auch die Verurtheilung, nicht ausschließe (n).

Diesen Grund könnte man so auffassen, als ob blos in dieser zufälligen Abfassung der Klagformeln der Grund jener Regel enthalten wäre, so daß es blos einer Verbesserung der Formeln bedurft hätte, um etwa eine ganz andere Regel herbeizuführen, und die ganze Beurtheilung

erklären sich aus der Vergleichung mit Gajus IV. § 47.

(l) *L.* 9 § 3 *de pign. act.* (13. 7).

(m) *L.* 9 § 5 *de pign. act.* (13. 7).

(n) *L.* 30 *pr. de pec.* (15. 1) „quaesitum est, an *teneat* actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilo minus *teneri* ajunt: INTENDITUR ENIM RECTE, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est." — Daher heißt es auch in *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1) „*Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat;" nämlich in der formula war von dem Besitz des Beklagten nicht die Rede: die Prüfung desselben gehörte also zu den Stücken, wozu der Judex auch außer der Instruction berechtigt und verpflichtet war, d. h. eben zu dem *officium* judicis.

auch dieſes Punktes nach dem Zuſtand zur Zeit der L. C. einzurichten. Man muß aber vielmehr umgekehrt annehmen, daß aus inneren Gründen die oben aufgeſtellte Regel angenommen wurde, ſo daß die oben erwähnte Abfaſſung der Formeln nicht als Grund, ſondern als Folge und Ausdruck der Regel anzuſehen iſt.

Der innere Grund der Regel iſt aber wohl ſo zu denken. Wenn der Kläger behauptet, daß ſein Eigenthum zwar zur Zeit der L. C. noch nicht vorhanden geweſen, nachher aber entſtanden ſey (§ 262), ſo iſt es für die gründliche Entſcheidung des Rechtsſtreits zuträglicher, daß deshalb eine neue Klage angeſtellt werde, weil außerdem der Beklagte in ſeiner Vertheidigung verkürzt werden könnte. Wenn dagegen das Eigenthum des Klägers von Anfang an vorhanden war, und nur behauptet wird, daß der Beſitz des Beklagten erſt während des Rechtsſtreits entſtanden ſey, ſo läßt ſich auch ſchon in dem gegenwärtigen Rechtsſtreit ein befriedigendes Urtheil erwarten; ja die Verweiſung auf einen neuen Prozeß würde in dieſem Fall nur zu einer unnöthigen Verſchleppung der Sache hinführen.

§. 264.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. Einleitung.

Die Wirkungen der L. C. ſind ſchon oben auf zwei Hauptregeln zurückgeführt worden: Sicherung der Ver-

urtheilung überhaupt (die Abwendung der Freisprechung), und Sicherung des Umfangs der Verurtheilung (die Abwendung eines zu beschränkten Urtheils) [§. 260. No. IV.].

Die erste dieser beiden Regeln ist bis jetzt dargestellt worden. Die zweite, deren Entwicklung nunmehr folgt, kann nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen, daß während des Rechtsstreits in dem Gegenstand desselben Veränderungen eintreten.

Solche Veränderungen in dem Gegenstande des Rechtsstreits können in zwei entgegengesetzten Richtungen vorkommen.

a) Als Erweiterungen, wohin vorzüglich die Früchte und Zinsen gehören.

b) Als Verminderungen, wohin der Untergang der Sache, die Corruption derselben, der Verlust des Besitzes, und Ähnliches zu rechnen ist.

Bevor aber die hier einschlagenden wichtigen Fragen im Einzelnen erwogen werden, ist es nöthig, dazu den Grund zu legen durch die genaue Betrachtung von zwei Rechtsbegriffen, deren Einfluß mit dem der L. C. oft so nahe verwandt ist, daß sie selbst mit derselben nicht selten identificirt worden sind. Ich meine die Mora, und die *mala fides*, oder den unredlichen Besitz.

Die Mora bezieht sich auf Obligationen und persönliche Klagen, der unredliche Besitz auf dingliche Rechte und Klagen in rem. Beide enthalten ein Unrecht mit Bewußt-

ſeyn, ſie ſind daher delictähnlich, und haben auch oft delictartige Folgen. Nur iſt dabei der Unterſchied zu beachten, daß die Mora in einer bloßen Unterlaſſung beſteht, und nicht nothwendig auf Dolus, ſondern oft auf bloßem Geldmangel beruht; anſtatt daß der unredliche Beſitz in einem poſitiven Handeln beſteht, und ſtets mit Dolus verbunden iſt.

Die L. C. dagegen iſt ein contractähnliches Verhältniß (§ 258), und hat keine Verwandſchaft mit einem Delict. Die Führung des Rechtsſtreits iſt an ſich von Seiten des Beklagten nicht nothwendig tadelnswerth, ſelbſt dann wenn am Ende das Urtheil gegen ihn ausfällt.

Nun iſt es eine unter unſeren Schriftſtellern ſehr verbreitete Behauptung, daß jede L. C., je nachdem die Klage perſönlich, oder in rem iſt, ſtets die Mora oder die mala fides begründe (a). Nach allgemeiner Betrachtung muß dieſer Satz unbedenklich verworfen werden, theils weil die eben erwähnte juriſtiſche Natur dieſer drei Rechtsbegriffe (die Ähnlichkeit mit Delicten und Contracten) von Grund aus verſchieden iſt, theils weil ſowohl die Mora, als die mala fides, jede ihre eigenthümlichen Bedingungen hat, ſo daß das Daſeyn derſelben in jedem einzelnen Fall von

(a) Bayer Civilprozeß S. 233. 234. Linde § 200 Note 4. 5. — Daß hier die Annahme der Mora oder der mala fides ſogar auf den Zeitpunkt der Inſinuation zurückgeführt wird, beruht auf weiteren Fragen, deren ſelbſtſtändige Erörterung an ihrem Orte erfolgen wird. Auf dem gegenwärtigen Standpunkt der Unterſuchung iſt dieſe fernere Differenz unerheblich.

einer rein factiſchen Frage abhängt, deren Bejahung auf keine Weiſe aus dem Daſeyn der L. C. an ſich gefolgert werden kann (b). Dagegen muß auf der anderen Seite unbedingt eingeräumt werden, daß die L. C. großentheils ähnliche Wirkungen herbeiführt, wie die welche aus der Mora oder mala fides folgen, wenngleich aus verſchiedenen Gründen (c).

Die Frage iſt aber nun noch genauer für die Mora und die mala fides beſonders zu erörtern.

A. Mora.

Zur regelmäßigen Begründung der Mora wird erfordert, daß der Schuldner zur Erfüllung ſeiner Verpflichtung aufgefordert werde, und ſie ohne Grund unterlaſſe. Es iſt daher keine Mora vorhanden, wenn zwar eine Schuld ſelbſt anerkannt iſt, aber der Betrag derſelben noch nicht feſtſteht; ferner wenn die Schuld ſelbſt als zweifelhaft anzuſehen iſt. Wenn alſo der aufgeforderte Schuldner ſich verklagen läßt, ſo hängt die Annahme einer Mora von den Umſtänden ab. Sie iſt anzunehmen, wenn er ohne Grund, oder aus offenbar unhaltbaren Gründen, nur um den Gegner hinzuhalten, die Erfüllung verweigert; nicht

(b) Dieſe richtige Auffaſſung, daß das Daſeyn der Mora und der mala fides ſtets eine facti quaestio iſt, findet ſich bei Bynkershoek obss. VIII. 12. Leyser 83. 5 und 99. 6, Kierulff S. 227 bis 281, Wächter H. 3 S. 106 bis 108.

(c) Leyſer (Note b) überſieht Dieſes, und behauptet deshalb irrig, es dürfe nicht immer von der L. C. an auf Erſatz der Früchte erkannt werden, weil nicht immer die mala fides mit der L. C. verbunden ſey.

anzunehmen, wenn er Gründe der Weigerung angiebt, wodurch die Vorausſetzung eines rechtswidrigen Willens, eines Unrechts mit Bewußtſeyn, ausgeſchloſſen wird (d). Wer alſo die Schuld beſtreitet, weil er ſeine eigene obligatoriſche Handlung nicht mehr zu wiſſen behauptet, wird dem Vorwurf der Mora nicht entgehen; anders wenn ein Erbe die Handlungen ſeines Erblaſſers bezweifelt, oder wenn die Klage durch eine Exception beſtritten wird (e). Durch dieſe Unterſcheidungen wird die oben behauptete Verwandtſchaft der Mora mit der mala fides beſtätigt. Bei perſönlichen Klagen kann man allgemein annehmen, daß jede frivole (mit dem Bewußtſeyn des Unrechts vorgenommene) Prozeßführung des Beklagten ſtets eine Mora vorausſetzt, oder wenigſtens jetzt begründet.

Man kann daher behaupten, daß nicht leicht gerade durch die L. C. eine Mora begründet werden wird, ſondern daß ſie meiſt entweder früher vorhanden iſt, oder ſpäter anfängt, im äußerſten Fall freilich mit dem rechtskräftigen Urtheil. Selbſt in dem ſeltenen Fall, wenn der

(d) *L.* 63 *de R. J.* (50. 17) „Qui *sine dolo malo* ad judicium provocat, non videtur moram facere.“ *L.* 24 *pr. de usur.* (22. 1) „ . . . utique si *juste* ad judicium provocavit.“ Das heißt nicht: wenn er am Ende Recht behält, und daher freigeſprochen wird, ſondern es iſt gleichbedeutend mit dem vorhergehenden sine dolo malo, und drückt den Gegenſatz des frivolen Rechtsſtreits aus. Eben ſo *L.* 82 § 1 *de V. O.* (45. 1) „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere,“ d. h. der es aus reiner Willkühr, ohne ſcheinbaren Grund, auf den Prozeß ankommen läßt. (Vgl. unten Note g und § 273. k). *L.* 47 *de usur.* (22. 1).

(e) *L.* 42 *de R. J.* (50. 17), *L.* 21 *de usur.* (22. 1).

Kläger jede außergerichtliche Aufforderung vor dem Rechtsstreit unterläßt, wird öfter vielleicht die Insinuation der Klage, weil sie eine Interpellation enthält, die Mora begründen können, die L. C. wird dabei seltener in Betracht kommen.

Ganz in diesem Sinn spricht *Papinian* bei Gelegenheit der Fideicommisse (f). In den meisten Fällen, sagt er, wird das Fideicommiß klar und gewiß seyn, dann hat die Mora meist schon vor dem Rechtsstreit angefangen, mit der außergerichtlichen Aufforderung. Wenn aber die Gültigkeit und die Höhe des Fideicommisses zweifelhaft ist, z. B. weil der Abzug der Falcidischen Quart in Betracht kommt, dann wird die Mora wenigstens mit dem rechtskräftigen Urtheil anfangen. In dieser Uebersicht möglicher Fälle erwähnt er der L. C. gar nicht, so daß er diesen Zeitpunkt gar nicht als erheblichen Moment zur Begründung der Mora ansieht; er erwähnt auch selbst die Anstellung der Klage nicht, ohne Zweifel indem er den in solchen Fällen gewöhnlichen Hergang, die außergerichtliche Aufforderung, voraussetzt.

Wie verbreitet also die Behauptung neuerer Schriftsteller von einem allgemeinen und nothwendigen Anfang der Mora mit der L. C. auch seyn möge, so hat sie doch weder in der Natur der hier einschlagenden Verhältnisse, noch in den Quellen des R. R. irgend einen haltbaren Grund (g). Etwas anders verhält es sich in der letzten Hinsicht mit der mala fides.

(f) *L.* 3 *pr. de usur.* (22. 1).

(g) Gewöhnlich berufen sich die Vertheidiger der aus der L. C. entspringenden Mora auf *L.* 82

B. *Mala fides.*

Es finden ſich zwei Stellen des Ulpian, welche die mala fides als nothwendige, unzertrennliche Folge des bloßen Rechtsſtreits ſo beſtimmt auszuſprechen ſcheinen, daß die hierauf gleichfalls gerichtete Behauptung vieler neueren Schriftſteller darin eine ſcheinbare Rechtfertigung findet (h):

§ 1 *de V. O.* (45. 1, ſ. o. Note d), die man allerdings ſo verſtehen könnte, als ob jeder Beklagte durch den bloßen Entſchluß zum Rechtsſtreit in eine Mora verfiele. Nur muß man bei dieſer Erklärung ganz vergeſſen, was aus den umgebenden übrigen Stellen (Note d) und aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen unwiderſprechlich folgt, und mit jener Erklärung durchaus nicht zu vereinigen iſt. Alles was man in der hier bekämpften Meinung als wahres Element etwa einräumen kann, iſt Folgendes. Die Mora iſt überhaupt der freieſten richterlichen Beurtheilung in jedem einzelnen Fall anheim gegeben (cum sit magis facti quam juris. *L.* 32 *pr. de usur.*) Der Richter kann alſo vielleicht finden, daß eine Mora vor allem Rechtsſtreit, oder daß ſie mit der Inſinuation, oder auch daß ſie mit der L. C. angefangen hat; dieſes Letzte etwa, wenn bei der L. C. die frivole, unredliche Prozeßführung ſicher hervorgetreten iſt. Daraus laſſen ſich mehrere ſcheinbare Antinomieen befriedigend auflöſen. So z. B. wenn der Anfang der Prozeßzinſen die einem Legatar zu zahlen ſind, bald der Mora, bald der L. C. zugeſchrieben wird. (§ 271). Eben ſo bei der Verpflichtung des Schuldners, für den zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen (§ 273).

(h) Andere, weniger entſcheidend lautende Stellen, wie *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1) und *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3) werden weiter unten (Note o) erwähnt werden. Am meiſten ſcheint ſich jenen Stellen durch unbedingten Ausdruck anzuſchließen *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51, d. h. *L.* 1 *C. Th. eod.*): „ex eo tempore, ex quo, re in judicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit.“ Allein dieſe Worte, wie ſie in den meiſten Ausgaben lauten, laſſen doch eine zwiefache Deutung zu. Sie können heißen: Von der L. C. an, weil er dadurch in malam fidem kommt — oder auch, wenn er dadurch in malam fidem kommt. Anders noch ſtellt ſich die Sache, wenn man mit manchem Hſſ. und mit dem Theodoſiſchen Codex lieſt: malae possessionis (ohne fidei;

1. „post litem contestatam *omnes incipiunt malae fidei possessores esse:* quinimo post controversiam motam(i).

2. „ex quo quis scit a se peti . . . *incipit esse malae fidei possessor* . . . si scit . . . puto debere: *coepit enim malae fidei possessor esse*“ (k).

Dieſe Stellen ſind dadurch ſehr wichtig geworden, daß ſie auf die Ausbildung der Rechtstheorie in neueren Zeiten überwiegenden Einfluß ausgeübt haben, wobei nur allzuſehr das Bedürfniß unbeachtet geblieben iſt, ſie mit allgemeinen Grundſätzen, ſo wie mit einer großen Zahl ganz anders lautender Stellen des R. R., in Einklang zu bringen. In jenen Stellen aber haben zwei eigenthümliche Meinungen ihre ſcheinbare Rechtfertigung gefunden: erſtlich die mala fides als allgemeine Folge des bloßen Rechtsſtreits; zweitens die Zurückführung dieſer Folge ſo wie mancher anderen, von der L. C. auf den Zeitpunkt, worin der Beklagte von dem Anſpruch Nachricht bekommt. Beide Meinungen machen eine ſorgfältige Prüfung nöthig. Die erſte iſt in ihren praktiſchen Folgen weniger erheblich geworden, theils weil viele Wirkungen der mala fides mit denen der L. C. ohnehin zuſammentreffen, theils weil die einzelnen Wirkungen meiſt durch beſondere, unzweifelhafte

vgl. die Noten der Hermannſchen Ausgabe). Nun iſt gar nicht von einem unredlichen Beſitz die Rede, ſondern von einem unſicheren, zweifelhaften; von dieſem Begriff wird noch unten die Rede ſeyn (Note p).

(i) *L.* 25 § 7 *de her. pet.* (5. 3).

(k) *L.* 20 § 11 *de her. pet.* (5. 3).

Vorſchriften geregelt werden. Die zweite dagegen hat die Folge gehabt, daß die neueren Schriftſteller faſt allgemein angenommen haben, das R. R. ſelbſt habe ſchon manche der wichtigſten Wirkungen des Rechtsſtreits nicht mehr gerade an die L. C. angeknüpft; obgleich ſich auch in dieſer Annahme wieder die mannichfaltigſten Abſtufungen finden.

a) Mala fides als allgemeine Folge des bloßen Rechtsſtreits.

Dieſe Behauptung müſſen wir zunächſt nach allgemeiner Betrachtung entſchieden zurück weiſen. Die Unredlichkeit des Bewußtſeyns iſt, wie ſchon oben bemerkt wurde, eine reine Thatſache, die nur aus den Umſtänden jedes einzelnen Falls erkannt, nicht aus dem allgemeinen Daſeyn des bloßen Rechtsſtreits gefolgert werden kann. Sie wird alſo oft vor dem Rechtsſtreit vorhanden ſeyn, oft während des ganzen Rechtsſtreits fehlen, welches beſonders durch die Erwägung einleuchtend wird, daß ja der Beklagte mit Unrecht verurtheilt werden kann, und in dieſem Fall doch gewiß kein unredliches Bewußtſeyn gehabt hat. Eine Anknüpfung an die L. C. hat alſo gar keinen inneren Grund (l),

(l) Ganz verwerflich iſt die Erklärung von Bynkershoek obss. VIII. 12, die Römer hätten mit der Klage ſogleich ihre Beweisurkunden vorgelegt, daher ſey bei ihnen der Beklagte ſtets im Anfang des Rechtsſtreits von ſeinem Unrecht überführt worden. Allein ſehr viele Prozeſſe werden gar nicht aus Urkunden entſchieden, und eben ſo kann die Beweiskraft der vorgebrachten Urkunden oft zweifelhaft ſeyn, ja ſelbſt vom Richter mit Unrecht angenommen werden. Er folgert daraus, daß jene Annahme für uns nicht mehr gelte, und ſchließt daraus weiter ganz irrig, daß wir auch keine Prozeß-

und ſie könnte alſo nur auf einer Fiction des Dolus beruhen, der gefährlichſten und willkührlichſten aller Fictionen, wovon ſich anderwärts nirgend eine Spur findet.

Ganz in dieſem Sinn entſcheidet Paulus unſre Frage in einer ſpeciellen Anwendung (m). Wenn nach der L. C. die mit einer hereditatis petitio oder einer Vindication eingeklagte Sache durch Zufall untergeht, ſo entſteht die Frage, ob der Beklagte als ſolcher unbedingt dafür Erſatz geben muß. Nach den Worten des oben angeführten Senatsſchluſſes konnte man Dieſes bei der hereditatis petitio annehmen, und daher hatten es auch wirklich Manche, und ſelbſt bei der Vindication, angenommen. Paulus aber ſagt, man müſſe überall unterſcheiden zwiſchen dem redlichen und unredlichen Beſitzer. Der unredliche müſſe für den Zufall einſtehen, der redliche nicht, wofür der folgende ſehr einleuchtende Grund angegeben wird:

„Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, *aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*“

Hier iſt ganz deutlich anerkannt, daß der redliche Beſitzer durch die L. C. nicht zu einem unredlichen werde, und daß man ihm nicht zumuthen könne, die Verfolgung ſeines vermeintlichen Rechts zu unterlaſſen (n).

zinſen mehr annehmen dürften. Vgl. über einen ähnlichen Irrthum von Leyſer oben Note c.

(m) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3).

(n) Allerdings iſt der Ausdruck dieſer Stelle von dem Ausdruck der oben angeführten Stellen des Ulpian ſehr verſchieden, dennoch

Ich will es verſuchen, den Widerſpruch der angeführten Stellen des Ulpian mit allgemeinen Grundſätzen und mit anderen Stellen zu löſen oder zu vermitteln.

Dazu können zunächſt einige Momente dienen, die an ſich wahr, auch nicht unwichtig, aber doch für den eigentlichen Zweck noch nicht ausreichend ſind.

Erſtlich iſt ſchon oben bemerkt worden, daß die L. C. manche Wirkungen mit der mala fides gemein habe, und dieſe Gemeinſchaft in Wirkungen konnte wohl hier und da den nicht ganz vorſichtigen Ausdruck veranlaſſen, als ſey mit der L. C. die mala fides wirklich verbunden. Dieſe Erklärung iſt wohl auf manche, bisher noch nicht berührte, Stellen anwendbar (o); für die abſoluten Ausſprüche des Ulpian reicht ſie offenbar nicht aus.

Zweitens kann man eine relative mala fides als Folge der L. C. allerdings annehmen. Selbſt wenn nämlich der

iſt ein directer Widerſpruch nicht vorhanden. Ulpian ſpricht nicht von der ſpeciellen Frage wegen des zufälligen Untergangs, womit allein ſich hier Paulus beſchäftigt. Dagegen bezieht ſich die Controverſe, die Paulus erwähnt, zunächſt nur auf die Vindication, ſo daß die wörtliche Behauptung des Ulpian über die mala fides bei der L. C. in der hereditatis petitio von Paulus nicht berührt wird. Indeſſen iſt es unzweifelhaft, daß Paulus den Erſatz für den Zufall bei beiden Klagen von dem redlichen Beſitzer abwenden will.

(o) *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3). Der redliche Beſitzer ſoll für Vernachläſſigungen der Sache bis zur L. C. nicht verantwortlich ſeyn: „postea vero et ipse praedo est," nämlich in Beziehung auf jene Verantwortlichkeit, ſo daß praedo est hier ſo viel heißt als: praedonis loco est. — *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1). — Ganz beſonders aber *L.* 25 § 7 *de her. pet.* (5. 3) in den Worten: „post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et *quasi praedones tenentur.*"

Beklagte die feste Ueberzeugung von seinem guten Recht hat, so kann er sich doch nicht die Möglichkeit verbergen, den Prozeß zu verlieren. Wenn er sich daher durch Veräußerung oder Aufzehrung der Sache wissentlich außer Stand setzt, der möglichen Verurtheilung zu genügen, so liegt in diesen Handlungen (wenngleich nicht in der Fortsetzung des Besitzes selbst) eine Unredlichkeit, indem er in der Klage eine Aufforderung sehen mußte, sich solcher Handlungen zu enthalten (p); durch dieselben, wenn er sie dennoch vornimmt, verfällt er in die mala fides (q). Gerade in dieser Beziehung schreibt auch wirklich Ulpian dem ursprünglich redlichen Besitzer, von der L. C. an, die gleichartige Verantwortlichkeit mit einem praedo zu (r). Dennoch reicht auch die Wahrheit dieser Bemerkung nicht hin zur Erklärung der absoluten Behauptung Ulpians daß jeder Beklagte von der L. C. an wirklich ein unredlicher Besitzer sey (s).

(p) *L.* 10 *C. de adqu. poss.* (7. 32) „ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillet ac dubitet.*“ Vgl. oben Note h. über die L. 2. C. de fructibus.

(q) Diese richtige Bemerkung findet sich bei Glück B. 7 S. 547 bis 557 und Kierulff S. 277.

(r) *L.* 25 § 2 *de her. pet.* (5. 3) „ait Senatus: Eos, qui bona invasissent, . . . etiamsi ante litem contestatam fecerint, *quo minus possiderent*, perinde condemnandos quasi possiderent.“ Zu diesen Worten des Sc. setzt der § 7 folgende Erklärung hinzu: „Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes . . . pares fiunt, et quasi praedones tenentur.“ Also von der L. C. an ist das willkührliche Aufgeben des Besitzes für alle Arten von Besitzern eine gleich unredliche und daher gleich verpflichtende Handlung.

(s) Ganz besonders erklären sich

Die eigentliche Löſung der Schwierigkeit liegt in der beſonderen Natur der Rechtsverhältniſſe, womit wir es hier, bei der Erbſchaftsklage, zu thun haben, und womit ſich ſowohl der Senatsſchluß von K. Hadrian, als Ulpian in den angeführten Stellen, beſchäftigt.

Der Senatsſchluß von Hadrian (das Sc. Juventianum) handelt unmittelbar nur von einer hereditatis petitio des Fiscus auf eine caduca hereditas, und er ſpricht dabei von zweierlei Beklagten: von redlichen Beſitzern, und daneben von denjenigen qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, welche von den alten Juriſten gewöhnlich praedones genannt werden. Unter dieſen praedones denkt man ſich meiſt gewöhnliche Diebe oder Räuber, aber ganz mit Unrecht. Die Sache hat vielmehr folgenden Zuſammenhang.

Nach uraltem R. R. war es Jedem überhaupt geſtattet, Erbſchaftsſachen, die der Erbe noch nicht in Beſitz genommen hatte, ſelbſt an ſich zu nehmen, und durch einjährige Uſucapion in ſein Eigenthum zu bringen. Man hatte bei dieſem ſeltſamen Rechtsinſtitut die Abſicht, den Erben zu einer recht ſchleunigen Beſitznahme und Vertretung der Erbſchaft zu bewegen (t). Solche Beſitzer nun hatten eine zweideutige Natur, und ſtanden gewißermaaßen in der Mitte

daraus nicht die Worte in *L.* 25 § 7 de *her. pet.* (5. 3) „post motam controversiam . . . *coepit scire rem ad se non pertinentem* possidere is qui interpellatur.“ Dieſes iſt für den wahrhaft redlichen Beſitzer augenſcheinlich unwahr.

(t) Gajus II. § 52—58.

zwiſchen redlichen und unredlichen Beſitzern. Sie wußten, daß ſie kein wirkliches, gegenwärtiges Recht, ſowie ein wahrer Erbe, auf die Sachen hatten (cum scirent ad se non pertinere), aber ſie handelten doch in Kraft einer allgemeinen geſetzlichen Befugniß, ſie konnten glauben, es werde Niemand die Erbſchaft antreten wollen, ja ſie hatten die Ausſicht, in ſehr kurzer Zeit wahre Eigenthümer durch Uſucapion zu werden. Der Zuſtand derſelben wurde noch verwickelter und zweifelhafter durch dieſelbe Verordnung von Hadrian, indem nunmehr der wahre Erbe auch nach vollendeter Uſucapion die Erbſchaftsſachen durch eine Art von Reſtitution abfordern konnte (u).

Die Lage, und beſonders das Bewußtſeyn ſolcher Beſitzer mußte durch eine angeſtellte Klage von Grund aus verändert werden. Die bis zu dieſer Zeit mögliche Meinung, daß Niemand ſich der Erbſchaft annehmen wolle, war ſelbſt durch die neue Verordnung nicht ausgeſchloſſen. Sobald aber ein Kläger (ſey es der Erbe, oder der Fiscus) gegen ſie auftrat, hörte die bisherige halbe Redlichkeit ihres Bewußtſeyns auf, und ſie wurden nun in der That unredliche Beſitzer im vollen Sinne des Worts. Auch mußte dieſe Veränderung eintreten, nicht erſt von der L. C. an, ſondern ſobald ihnen die wirkliche Anſtellung einer Klage bekannt wurde.

Daß nun gerade von dieſem eigenthümlichen Rechtsverhältniß in dem Senatsſchluß von Hadrian die Rede war,

(u) Gajus II. § 58.

iſt nach mehreren Stellen ganz unzweifelhaft (v), und hieraus erklären ſich die oben mitgetheilten abſoluten Aeußerungen des Ulpian über die durch den Prozeß bewirkte mala fides des Beklagten auf ganz einfache Weiſe. Ich muß einräumen, daß nicht bei allen hier einſchlagenden Stellen die Unterſcheidung der eben bemerkten verſchiedenen Arten von Beſitzern völlig erkennbar und unzweifelhaft durchzuführen iſt. Es muß aber wohl erwogen werden, daß wir die Stellen des Senatſchluſſes nur durch die unvollſtändigen Auszüge des Ulpian, und die Stellen des Ulpian nur durch die unvollſtändigen Auszüge der Compilatoren kennen. Daher muß es ganz dahin geſtellt bleiben, ob die für uns vorhandene Zweideutigkeit des Ausdrucks, und insbeſondere die nicht überall ſichtbare Unterſcheidung der wahrhaft redlichen Beſitzer von jenen zweideutigen, aus einer urſprünglich ungenauen Rede der Verfaſſer, oder aus der Unvollſtändigkeit der überlieferten Auszüge hervorgegangen iſt.

Nimmt man dieſe Erklärung an, und erwägt man zugleich, daß jenes eigenthümliche Rechtsverhältniß ſchon im Juſtinianiſchen Recht völlig verſchwunden war, ſo iſt es einleuchtend, daß aus den angeführten Stellen des Ulpian für die mala fides als allgemeine, auf alle Arten von Klagen anwendbare Folge der L. C. durchaus kein Beweis geführt werden kann.

b) Zurückführung der Folgen der L. C. auf den Zeit-

(v) *L.* 20 § 6, *L.* 25 § 2. 3. 5. 6 *de her. pet.* (5. 3).

punkt, worin der Beklagte von dem Anſpruch Nachricht bekommt.

Dieſe wichtige Aenderung wird in folgenden ganz deutlichen Worten des Senatsſchluſſes von Hadrian aufgeſtellt, worauf ſich die Erklärungen des Ulpian beziehen (w):

> Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.

Dieſe Abweichung von ſo vielen anderen Ausſprüchen des R. R. iſt aus folgenden zwei, von einander ganz unabhängigen, Umſtänden zu erklären.

Erſtlich, aus der ganz eigenthümlichen Lage des eben erwähnten, nur bei der hereditatis petitio vorkommenden praedo, deſſen entſchiedene mala fides allerdings ſchon von der ihm bekannt gewordenen Anſtellung der Klage angenommen werden mußte. Von dieſem Umſtand iſt ſo eben ſchon ausführlich geredet worden.

Zweitens daraus, daß der Senatsſchluß von Hadrian nur von Fiscalklagen auf verfallene Erbſchaften handelte. Dieſe Fiscalklagen wurden aber nicht im ordentlichen Prozeß vor den gewöhnlichen Obrigkeiten, in welchem allein eine wahre L. C. vorkommen konnte, ſondern extra ordinem vor den Fiscalbeamten verhandelt, und es bedurfte alſo dabei eines Surrogates für die L. C. (§ 257). Dieſes

(w) *L.* 20 § 6 *de her. pet.* (5. 3), verglichen mit § 11 *eod.* und *L.* 25 § 7 *eod.*

Surrogat, welches man bei allen extraordinären Prozeſſen aufzuſuchen hatte, wurde in dieſem Fall durch den Senatsſchluß ſelbſt in den Zeitpunkt geſetzt, in welchem entweder eine denunciatio, oder eine evocatio litteris vel edicto eingetreten war; dieſes war eine ganz poſitive Beſtimmung, die aus der allgemeinen Natur der extraordinären Klagen keineswegs folgte (§ 257), und die einen fiscaliſchen Character hat.

Die beiden eben angeführten Umſtände, woraus ſich die Beſtimmung eines beſonderen Zeitpunktes, abweichend von der L. C., befriedigend erklärt, ſind ſchon dem Juſtinianiſchen Recht völlig fremd, und es kann daher in der That aus dieſen Stellen nicht bewieſen werden, daß im Sinn des Juſtinianiſchen Rechts ein anderer Zeitpunkt als der der L. C. für irgend eine Wirkung anzunehmen ſey.

Auch wenn man die hier verſuchte Löſung mit ihren Folgen nicht annehmen wollte, ſo kann doch auf keine Weiſe die Art gebilligt werden, wie die meiſten neueren Schriftſteller die hier unterſuchten Stellen des Ulpian zu behandeln pflegen. Man betrachtet nämlich meiſt den wörtlichen Inhalt dieſer Stellen als die entſcheidende, für alle Klagen überhaupt anwendbare, Regel des neueſten Rechts, und ignorirt daneben die ſehr zahlreichen übrigen Stellen, die damit geradezu im Widerſpruch ſtehen, indem ſie noch immer die L. C. als den entſcheidenden Zeitpunkt für die im Rechtsſtreit eintretenden Wirkungen anerkennen. Dieſes Verfahren aber muß als willkührlich und unkritiſch ſchlechthin verworfen werden. Man kann ſich auch nicht mit der

Annahme helfen, als ob hierin eine Controverse der alten Juristen, oder etwa ein Verhältniß des neueren Rechts zu einem abgeschafften älteren Rechtsgrundsatz vorläge. Denn die Stellen, worin die L. C. als entscheidender Zeitpunkt angegeben wird, rühren theilweise aus derselben Zeit, ja von demselben Ulpian her, aus dessen Stellen man beweisen will, daß ein anderer und früherer Zeitpunkt allgemein an die Stelle der L. C. gesetzt worden sey.

Wollte man sich hierin genau an den Buchstaben des Justinianischen Rechts halten, so würde doch nur folgende Annahme übrig bleiben. Bei der Erbschaftsklage müßte, abweichend von allen übrigen Klagen, ein etwas früherer Termin für den Anfang der materiellen Wirkungen des Rechtsstreits angenommen werden: nämlich anstatt der L. C. schon die Bekanntmachung der erhobenen Klage, also die Insinuation. Allein bei dieser Behauptung muß man zugeben, daß diese Eigenthümlichkeit ihren Grund hatte, nicht in der inneren Natur jener Klage selbst, sondern in historischen Umständen, die zu Justinians Zeit längst verschwunden waren, so daß die Aufbewahrung dieser Eigenthümlichkeit in den Digesten in jedem Fall (auch wenn man sie noch als practisches Recht gelten lassen will) zu den mancherlei Inconsequenzen zu rechnen ist, die den Compilatoren zum Vorwurf gereichen (x).

(x) Der Senatsschluß von Hadrian nämlich, der ursprünglich nur für die fiscalische hereditatis petitio, also für eine publica causa, eingeführt war, wurde nachher auch auf die Erbrechtsklage der

Es iſt hier gezeigt worden, welche Schwankungen ſchon in die Aeußerungen der alten Juriſten aus beſonderen hiſtoriſchen Veranlaſſungen gekommen ſind, und wie ſich dieſe in die neuere juriſtiſche Literatur fortgepflanzt haben, darin aber durch mancherlei Misverſtändniſſe noch erweitert worden ſind. Dabei iſt es lehrreich zu ſehen, welchen Einfluß wiederum dieſe Literatur des gemeinen Rechts auf die neuere Geſetzgebung gehabt hat, obgleich man hier freie Hand hatte, diejenigen Beſtimmungen zu treffen, die dem inneren Bedürfniß angemeſſen waren.

Das Preußiſche Allgemeine Landrecht hat dieſe Lehre in den Titel vom Beſitz aufgenommen, und hier in folgender Weiſe behandelt (y).

Es wird daſelbſt in eben ſo abſoluten Ausdrücken, wie es oben in einigen Stellen des Ulpian über die hereditatis petitio nachgewieſen worden iſt (Note h. k) dem Rechtsſtreit an ſich die Wirkung zugeſchrieben, den Beklagten in den Zuſtand eines unredlichen Beſitzers zu verſetzen, und zwar wird der Anfang dieſes Zuſtandes, wenn nur

Privatperſonen angewendet und dadurch zum gemeinen Recht gemacht (*L.* 20. § 6. 11 *de her. pet.*, 5. 3); ob aber in allen ſeinen Theilen, oder nur in denen, die in der That auch auf Privatkläger paßten, kann bezweifelt werden. Die Beſtimmung des § 6: aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset ſcheint doch auf Privatklagen gar nicht zu paſſen, während andere Beſtimmungen, z. B. über das dolo facere quo minus possiderent, und die verſchiedene Behandlung des bonae fidei und malae fidei possessor, überall anwendbar ſind.

(y) A. L. R., Th. 1 Tit. 7. Die ſehr merkwürdigen Materialien zu dieſem Titel ſind abgedruckt in: Simon u. Strampff Zeitſchrift für preußiſches Recht B. 3. Berlin 1836. 8.

nicht ein früheres unredliches Bewußtseyn nachgewiesen werden kann, mit der Insinuation der Klage angenommen.

§. 222. „Wenn kein früherer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt werden kann, so wird der Tag der dem Besitzer durch die Gerichte behändigten Klage dafür angenommen."

Dieser Ausspruch stimmt mit der Lehre vieler neuerer Romanisten wörtlich überein. Man ist jedoch bei der Bearbeitung des Preußischen Gesetzes erst allmälig auf diese Vorschrift gekommen. In irgend einem älteren Entwurf war der Zeitpunkt des eröffneten Urtheils als Anfang der Unredlichkeit angenommen worden. Dieser Bestimmung widersprach Tevenar, indem er behauptete, jeder nicht rechtmäßige Besitzer könne und solle aus der insinuirten Klage sein Unrecht abnehmen, und wenn er es nicht einsehen wolle, so verdiene diese Verstockung keine Schonung (z). Dazu bemerkte Suarez: „damit bin ich völlig einverstanden," entkräftete aber sogleich diese Bestimmung durch den Zusatz: „Übrigens ist es ja dem Richter überlassen, den Anfang der Unredlichkeit nach den Umständen auch anders zu bestimmen."

(z) Simon a. a. O., S. 171. — Diese ganz willkührliche Behauptung wird durch die sehr gewöhnliche Erfahrung widerlegt, daß viele Beklagte, die am Ende verurtheilt werden, dennoch den Prozeß mit fester Ueberzeugung von ihrem Recht durchführen. Wer hieran zweifeln wollte, möge doch erwägen, wie oft in Richtercollegien verschiedene Meinungen über Freisprechung oder Verurtheilung vorkommen. Was nun die Minorität redlich glaubt, muß wohl auch dem Beklagten zu glauben gestattet werden.

Ganz im Sinn dieser letzten Äußerung wurde nun die Vorschrift in dem gedruckten Entwurf des Gesetzbuchs so gefaßt (aa):

„Wenn kein früherer oder späterer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzes ausgemittelt worden, so wird der Tag der . . Behändigung der Klage dafür angenommen."

Dadurch wurde der Insinuation die Kraft einer ziemlich unschuldigen und wirkungslosen Präsumtion beigelegt, und Alles in des Richters freies Ermessen gestellt. Allein dagegen wurden wieder große Bedenken erhoben; Goßler behauptete, mit anderen Monenten, Ueberzeugung sey ein Internum, worauf der Gesetzgeber sich nicht einlassen könne; daher müsse das Gesetz den Anfang der Unredlichkeit unabänderlich bestimmen, und die Alternative („oder späterer") müsse weggelassen werden (bb). So ist es denn auch in dem A. L. R. geschehen, wie die oben abgedruckte Stelle zeigt, worin die früher vorgeschlagene Präsumtion nunmehr die Natur einer absoluten Vorschrift, einer Fiction der mala fides, angenommen hat, ganz übereinstimmend mit den so eben vorgelegten Motiven dieser Abänderung. — Wie wenig aber damit die Sache zu sicherer Entscheidung und zu klaren, festen Begriffen gebracht war, zeigt folgende Äußerung von Suarez (cc). Er unterscheidet dreierlei

(aa) Entwurf eines Gesetzbuchs für die Pr. Staaten Th. 2 (1787) Tit. 4 § 153.

(bb) Simon S. 321. 322.

(cc) Simon S. 330 No. 2. (Vgl. auch ebendaselbst S. 633). — Die in dieser Äußerung von Suarez zusammengestellten subtilen Un-

mögliche Zustände in dem Bewußtseyn des Besitzers: 1. unredlicher Besitzer; dahin gehört jeder, dem die Klage insinuirt ist; ferner jeder, der seinen Besitz aus einem verschuldeten factischen Irrthum für rechtmäßig hält; endlich jeder, der bei Erlangung des Besitzes an der Rechtmäßigkeit zweifelt; 2) Besitzer, der es weiß, daß seine Possession unrechtmäßig sey (d. h. der wahre malae fidei possessor); 3. betrüglicher Besitzer, d. h. der dolose zum Besitz gelangt ist. Zu allen diesen kommt aber noch (als eine ganz besondere Klasse) der Besitzer, der durch eine strafbare Handlung zum Besitz gelangt ist (dd).

Alle diese Bestimmungen schließen sich in der Hauptsache (nur mit etwas subtileren Unterschieden) an die Auffassung neuerer Romanisten an, welche gleichfalls die Fiction einer mala fides auf den Anfang des Rechtsstreits gründen (ee). So wie bei diesen, hat auch im A. L. R. die erwähnte Fiction keinen anderen Zweck, als einen Rechtsgrund abzugeben für die Verpflichtung des Beklagten, die während des Rechtsstreits bezogenen Nutzungen (die omnis causa) heraus zu geben (ff). Die Aehnlichkeit der Auf-

terscheidungen sind denn auch in das A. L. R., nicht zu dessen Vortheil, übergegangen: Th. 1 Tit. 7 § 11—17. 222. 229. 239—242.

(dd) Simon S. 332 No. 12.

(ee) Wollte man noch etwa bezweifeln, daß Suarez mit der von ihm fingirten mala fides durchaus nicht etwas Neues einzuführen vermeinte, sondern lediglich an das damals bestehende R. R. dachte, so würde dieser Zweifel durch zwei andere von ihm herrührende Äußerungen gänzlich beseitigt werden. Kamptz Jahrbücher B. 41 S. 8. 9.

(ff) A. L. R. § 223—228, verbunden mit § 222.

faſſung zeigt ſich auch darin, daß das Preußiſche Recht (ſo wie jene neuere Romaniſten) aus dem Anfang des Rechtsſtreits die Mora, eben ſo wie die Fiction der Unredlichkeit, entſpringen läßt, und an die Mora dieſelben Wirkungen knüpft, welche aus dem unredlichen Beſitz entſpringen (gg).

Die entſchiedene Abweichung dieſer ganzen Auffaſſung von dem wahren R. R. beſteht aber darin, daß das R. R. den Rechtsſtreit als ſolchen, den es in der L. C. gleichſam perſonificirt, zum Entſtehungsgrund einer eigenthümlichen Obligation macht, unabhängig von unredlichem Beſitz und von Mora, die daneben vorhanden ſeyn können oder nicht. Dieſe eigenthümliche Obligation des R. R. wird im A. L. R. ignorirt. Die practiſche Folge, daß die omnis causa geleiſtet werden muß, iſt hier wie dort dieſelbe, und in ſofern hat allerdings dieſe Abweichung eine mehr theoretiſche als practiſche Natur. Gerade daraus aber erhellt um ſo mehr, daß dieſe Abweichung im A. L. R. nicht mit Bewußtſeyn, in der Abſicht einer practiſchen Verbeſſerung, vorgenommen worden iſt. Aus den oben angeführten Stellen der Materialien geht auch klar hervor, daß man ſich im Ganzen an die damals herrſchende Lehre des gemeinen Rechts anſchließen, und dieſe höchſtens etwas genauer beſtimmen wollte.

(gg) A. G. O., Th. 1 Tit. 7 § 48. d, und A. L. R. Th. 1 Tit. 16 § 28. Ohne Zweifel aber ſoll hier in den Wirkungen die Mora nur dem unredlichen Beſitz des § 222 (I. 7.) gleich geſtellt werden, d. h. alſo der leichteſten Art des unredlichen Beſitzes überhaupt (nach der Auffaſſung von Suarez ſ. o. Note cc).

§. 265.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung.

a) Erweiterungen.

Die Wirkung der L. C. auf den Umfang der Verurtheilung äußert sich zunächst in den Erweiterungen, welche zu dem ursprünglichen Gegenstand des Rechtsstreits nach der L. C. hinzutreten können, und deren Werth dem Kläger für den Fall der Verurtheilung verschafft werden soll (§ 264). Es ist hier zuerst eine Uebersicht über die verschiedenen Arten solcher Erweiterungen zu geben, dann aber die Behandlung derselben bei den einzelnen Klassen der Klagen zu bestimmen.

Die Erweiterungen lassen sich auf zwei Hauptarten zurück führen, die ich als Früchte (regelmäßigen Erwerb) und zufälligen Erwerb bezeichne.

Der ursprüngliche Begriff der Frucht steht in Verbindung mit den Gesetzen der organischen Natur. Was nach diesen Gesetzen aus einer Sache erzeugt wird, heißt eine Frucht dieser Sache.

Dieser an sich bloß natürliche Begriff bekommt eine juristische Bedeutung durch folgende Eigenschaften solcher Erzeugnisse. Sie sind einer periodischen Wiederholung empfänglich, auf welche mit mehr oder weniger Sicherheit gerechnet werden kann. Daher ist diese Fähigkeit zur Fruchterzeugung dasjenige, wodurch die fruchttragende Sache vorzugsweise (oft ganz allein) Werth für den Verkehr be-

kommt, um deren Willen wir ſie zu erwerben und zu haben pflegen. — Die wichtigſten Fälle der Anwendung dieſes Begriffs ſind: Pflanzen jeder Art, ſo wie die einzelnen Beſtandtheile der Pflanzen, als Früchte des Bodens. Eben ſo bei Thieren: die Jungen (als Früchte der Mutter), die Wolle, die Milch.

Nun findet ſich aber unter denjenigen Erwerbungen, welche ſich lediglich auf Rechtsgeſchäfte gründen, alſo mit den Geſetzen der organiſchen Natur nichts gemein haben, manche Fälle, in welchen die eben erwähnten juriſtiſchen Eigenſchaften der Früchte gleichfalls wahrgenommen werden: namentlich die Abhängigkeit des Erwerbs von einem ſchon vorhandenen anderen Vermögensſtück, die periodiſche Reproduction, die Wahrſcheinlichkeit, mit der auf ſie gerechnet werden kann, ſowie der Werth den durch ſie das zum Grund liegende Vermögensſtück erhält. Wegen dieſer ähnlichen Eigenſchaften werden ſolche Erwerbungen den Früchten gleich geachtet, oder nach der Analogie der Früchte behandelt (a). — Die wichtigſten Fälle derſelben ſind: Pacht- und Miethgeld von Grundſtücken und beweglichen

(a) *L.* 34. *de usuris* (22. 1) „*vicem fructuum* obtinent," *L.* 36. *eod.* „*pro fructibus* accipiuntur," *L.* 121 *de V. S.* (50. 16) „Usura pecuniae, quam percipimus, *in fructu non est:* quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione." Das: in fructu *non est* iſt nach dieſer Zuſammenſtellung gleichbedeutend mit dem: *pro* fructibus und *vicem* obtinent der vorhergehenden Stellen; der hinzugefügte Grund läßt über die Richtigkeit dieſer Erklärung keinen Zweifel.

Sachen, die Zinsen eines Capitals (b), so wie bei den Römern jeder aus der Arbeit von Sclaven hervorgehende Erwerb, indem die Arbeit als die regelmäßige und natürliche Benutzung der Sclaven angesehen wurde.

Die Neueren nennen die hier aufgestellten zwei Klassen von Früchten: fructus naturales und civiles.

Bei den eigentlichen (organischen) Früchten wird das Eigenthum unmittelbar durch die organische Erzeugung dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache, auch ohne dessen Wissen und Zuthun, erworben. Sie sind zunächst bloß Bestandtheile der fruchttragenden Sache, und werden erst durch die Absonderung von derselben selbstständige Vermögensstücke (c). Das so erworbene Eigenthum hört auf durch Aufzehrung oder Veräußerung (fructus consumti), nach welcher höchstens der Geldwerth derselben im Vermögen zurück bleiben kann.

Bei den s. g. civilen Früchten entsteht eine Erwerbung von Eigenthum gar nicht durch ihre eigenthümliche Fruchtnatur, sondern so wie bei anderen Rechtsgeschäften durch

(b) *L.* 34 *de usuris* (22. 1) „Usurae *vicem fructuum* obtinent: et merito non debent a fructibus separari.“ Die scheinbar widersprechenden Worte der *L.* 121 *de V. S.* (Note a) „usura in fructu non est,“ wollen also nur sagen, daß die Zinsen nicht durch organische Erzeugung, sondern vermittelst eines Rechtsgeschäfts, erworben werden. Mit anderen Worten sagt dasselbe Papinian in *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1) „vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur,“ in welcher Stelle die Gleichartigkeit des Erwerbes an dem Miethgeld und an den Geldzinsen anerkannt wird.

(c) *L.* 15 *pr. de pign.* (20. 1), *L.* 83 *pro soc.* (17. 2).

Tradition (d). Sie ſtehen alſo gleich Anfangs zu dem Erwerber in demſelben Verhältniß, wie die organiſchen Früchte nach der Veräußerung, d. h. ſie haben von Anfang an die Natur der fructus consumti.

Mit der erwähnten beſonders wichtigen Eigenſchaft aller Früchte, nach welcher auf ſie eine regelmäßige Erwartung, eine wahre Berechnung, gerichtet werden kann, ſteht noch folgender Rechtsbegriff in Verbindung. Wer durch das fruchttragende Vermögensſtück in der Lage iſt, Früchte zu erwerben, kann dieſe Fähigkeit entweder gebrauchen, oder auch (abſichtlich oder aus Unthätigkeit) unbenutzt laſſen. Dieſe Unterlaſſung iſt an ſich eben ſo gleichgültig, wie jede andere verſtändige oder unverſtändige Behandlung des Eigenthums. Sie kann aber eine juriſtiſche Bedeutung bekommen, wenn der Unterlaſſende in einem beſonderen Rechtsverhältniß ſteht, das ihn zur Sorgfalt verpflichtet. Dieſen Fall bezeichnen neuere Schriftſteller durch den Ausdruck fructus percipiendi, welcher weder römiſch noch an ſich zweckmäßig iſt (e). Ich werde dafür den Ausdruck: verſäumte Früchte gebrauchen.

(d) Das Product der Sclavenarbeit wurde bei den Römern erworben in Folge des allgemeinen Grundſatzes, nach welchem alle zum Erwerb geeignete Handlungen eines Sclaven dem Herrn zu gut kommen konnten und mußten; alſo nicht eigentlich durch ein Rechtsgeſchäft, aber doch vermöge einer poſitiven Rechtsregel.

(e) Ich will nicht ſagen, daß an ſich die Zuſammenſetzung dieſer beiden Ausdrücke unlateiniſch ſey, allein als techniſche Bezeichnung des oben angegebenen Verhältniſſes kommt ſie bei den Römern niemals vor, welche ſtets Umſchreibungen dafür gebrauchen. Der Ausdruck iſt auch unpaſſend, weil er an ſich auch auf die nur noch nicht

Unter den zufälligen Erwerb aus schon vorhandenen anderen Vermögensstücken werden wir alle diejenigen Fälle zu rechnen haben, in welchen die oben angegebenen Eigenschaften der Früchte fehlen, so daß namentlich ihre regelmäßige Entstehung nicht der Grund ist, um dessen Willen wir die Hauptsache zu haben pflegen. Dahin gehören folgende Fälle: Die Erweiterung eines Grundstücks durch Alluvion u. s. w. Die Bereicherung durch Poenalklagen, in Folge der an unsren Sachen verübten Verletzungen. Ferner bei den Römern der Erwerb eines Herrn aus den Erbschaften oder Legaten, welche seinen Sclaven hinterlassen wurden, so wie der Eigenthums-Erwerb des Herrn an den von seiner Sclavin gebornen Kindern (f).

Alle diese Gegenstände kommen für unsre gegenwärtige Untersuchung in sofern in Betracht, als sie wegen ihrer Entstehung während eines Rechtsstreits auf den Umfang der Verurtheilung in der Hauptsache Einfluß haben können. Es darf aber dabei nicht übersehen werden, daß dabei auch noch andere Rechtsverhältnisse und selbstständige Klagen in

abgesonderten, selbst auf die unreifen Früchte paßt, so daß das entscheidende Moment des Versäumnisses oder der Unterlassung und des daraus entspringenden Verlustes, darin gar nicht angedeutet ist

(f) Allerdings stehen nach natürlicher Betrachtung die Sclavenkinder zu der Mutter in demselben organischen Verhältniß, wie die Jungen der Thiere. Der Grund, weshalb sie nicht als Früchte angesehen wurden, lag darin: „quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant.“ (*L.* 27 *pr. de her. pet.* 5. 3). Das war die Ansicht der Römer, als sie noch nichts vom Christenthum wußten. Bekanntlich haben die christlichen Einwohner der Nordamerikanischen Sclavenstaaten andere Ansichten und Gewohnheiten.

Betracht kommen können: insbeſondere bei den organiſchen Früchten, wenn ſie von der Hauptſache abgeſondert ſind, eigene Vindicationen, oder, als Surrogate derſelben Condictionen (g).

Wenn nun behauptet wird, daß irgend ein Anſpruch auf ſolche Gegenſtände Wirkung der L. C. ſey, ſo ſetzt dieſe Behauptung nothwendig voraus, daß, abgeſehen von der L. C. und vor derſelben, dieſer Anſpruch gar nicht, oder doch nicht in gleichem Umfange, vorhanden ſey. Dieſe Differenz, worin die eigenthümliche Wirkung der L. C. beſteht, muß für jeden einzelnen Fall genau angegeben werden.

§. 266.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a. Erweiterungen. (Fortſetzung.)

Es iſt jetzt zu unterſuchen, wie die Erweiterungen, deren Natur im § 265 angegeben worden iſt, auf die einzelnen Klaſſen der Klagen anzuwenden ſind. Dabei muß zum Grund gelegt werden die Unterſcheidung der Klagen in rem von den perſönlichen Klagen.

A. Klagen in rem.

1. Eigenthumsklage, das heißt die rei vindicatio der Digeſten, oder die petitoria formula bei Gajus, welche eine arbitraria actio, alſo eine Klage der freieſten Art war.

(g) S. o. B. 5 S. 524 Note b.

2. Erbſchaftsklage, d. h. die hereditatis petitio der Digeſten, oder die petitoria formula in Beziehung auf Erbſchaften.

Beide Klagen müſſen hier zuſammengefaßt werden, theils weil ſie nur in dieſer Verbindung richtig beurtheilt werden können, theils weil in der umfaſſendſten Stelle ausdrücklich bezeugt wird, daß für beide die hier vorliegende Frage völlig gleich zu beantworten ſey (a). Im Allgemeinen wird die Regel aufgeſtellt, daß die Verurtheilung auch die omnis causa umfaſſen müſſe, alſo ſowohl Früchte im ausgedehnteſten Sinn des Worts, als auch den zufälligen Erwerb, welcher nicht die Natur von Früchten hat (b).

Der Einfluß der L. C. auf die Anwendung dieſer Regel iſt auf folgende Weiſe zu beſtimmen (c):

a) der redliche Beſitzer ſoll ſich bereichern dürfen durch alle vor der L. C. gewonnene Früchte, nur mit Ausnahme derjenigen organiſchen Früchte, welche noch zur Zeit der L. C. in Natur vorräthig ſind. — Dagegen ſoll Derſelbe, von der Zeit der L. C. an, nicht nur den Werth der verzehrten und veräußerten, ſondern auch den Werth der verſäumten Früchte erſetzen.

Hier iſt alſo die Wirkung der L. C. ſehr bedeutend, und der Grund derſelben liegt in dem obligatoriſchen Verhältniß der L. C., welches ihn nöthigt, die Sache als eine

(a) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17). (b) Für die Eigenthumsklage: *L.* 17 § 1, *L.* 20. 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1). — Für die Erbrechtsklage: *L.* 25 § 9, *L.* 27 *pr.*, *L.* 29 *de her. pet.* (5. 3). (c) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17), *L.* 22 *C. de rei vnd.* (3. 32).

vielleicht fremde anzuſehen und zu verwalten, und dabei für ſeine Culpa einzuſtehen (d).

b) Daß der unredliche Beſitzer, von der L. C. an, ebenſo ſtrenge Verpflichtungen hat wie der redliche, verſteht ſich von ſelbſt. Bei ihm aber wird dieſelbe Strenge auch für die ganze Dauer des Beſitzes vor der L. C. geltend gemacht, ſo daß hierin an die L. C. gar keine praktiſche Wirkung mehr angeknüpft iſt. — Indeſſen war Dieſes bei dem unredlichen Beſitzer nicht der urſprüngliche Grundſatz: vielmehr ſollte er vor der L. C., weil er noch in keinem obligatoriſchen Verhältniß ſtand, nicht für die verſäumten Früchte einſtehen. Erſt das Sc. Juventianum verordnete, daß bei der Erbſchaftsklage der unredliche Beſitzer vom Anfang ſeines Beſitzes an ſo beurtheilt werden ſollte, als ob er in einem obligatoriſchen (offenbar delictartigen) Verhältniß geſtanden hätte. Man nannte dieſes den dolus praeteritus (e), und folgerte daraus u. a. auch die Verpflichtung, für die vor der L. C. verſäumten Früchte Entſchädigung zu leiſten (f). Dieſe gegen den unredlichen Beſitzer neu eingeführte Strenge, wodurch für ihn die L. C. ihren practiſchen Einfluß verlor, wurde dann durch die

(d) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17) „qui *culpa possessoris* percepti non sunt.“ — *Paulus* I. 13 A. § 9: „Hi fructus in restitutione praestandi sunt petitori, *quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset.*“

(e) *L.* 20 § 6, *L.* 25 § 2. 7; *L.* 13 § 2 *de her. pet.* (5. 3).

(f) *L.* 25 § 4. 9 *de her. pet.* (5. 3).

alten Juriſten von der Erbſchaftsklage auch auf die Eigenthumsklage ausgedehnt (g).

Die hier aufgeſtellten Grundſätze über die Wirkung der L. C. bei der Eigenthumsklage waren ihrem Prinzip nach keine neue Erfindung der Römiſchen Juriſten, ſondern bloß die genauere Entwicklung uralter Rechtsregeln. Dieſe ſind anerkannt ſchon in den alten praedes litis et vindiciarum (h), in welchem Kunſtausdruck vindiciae die Früchte bedeutet. Daneben galt im älteren Recht ſogar noch eine Verpflichtung des Beklagten zum doppelten Erſatz der Früchte, welche jedoch im neueſten Recht ſpurlos verſchwunden iſt (i).

3. Die actio ad exhibendum iſt zwar eine perſönliche Klage, wird aber in Hinſicht auf die hier vorliegende Frage ganz nach den Grundſätzen der Eigenthumsklage beurtheilt (k). Dasſelbe gilt von folgenden Klagen:
4. A. finium regundorum (l).
5. A. confessoria (m).
6. A. hypothecaria (n).

(g) *L.* 27 § 3 *de rei vind.* (6. 1).

(h) Gajus IV. § 91. 94.

(i) Paulus V. 19 § 2, *L.* 1 *pr. C. Th. de us. rei jud.* (4. 19), *L.* 1 *C. Th. de fruct.* (4. 18), aus welcher interpolirt iſt, die *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51); beide Texte zuſammengeſtellt bei Heimbach Lehre von der Frucht S. 160. — *L. Rom. Burg.* ed. Barkow Tit. 8 lin. 17—20, Tit 35 lin. 11 bis 13. — Der ſehr dunkle Zuſammenhang dieſes Rechtsinſtituts ſoll hier nicht weiter verfolgt werden, da er auf das neueſte Recht ganz ohne Einfluß iſt. Vgl. darüber Heimbach S. 163—166.

(k) § 3 *J. de off. jud.* (4. 17), *L.* 9 § 5—8 *ad exhib.* (10. 4).

(l) *L.* 4 § 2 *fin. reg.* (10. 1).

(m) *L.* 5 § 4 *si ususfr.* (7. 6). *L.* 19 § 1 *de usur.* (22. 1).

(n) *L.* 16 § 4 *de pign.* (20. 1).

B. Perſönliche Klagen.

Bei dieſen kommt ein ganz anderes Verhältniß in Betracht, als bei den Klagen in rem. Da ſie nämlich ſtets auf Obligationen beruhen, welche vor der L. C. vorhanden geweſen ſeyn müſſen, ſo kommt es darauf an, welche Verpflichtung aus dieſen Obligationen an ſich, unabhängig von allem Rechtsſtreit, hervorgeht. Da wo dieſe Verpflichtung ſchon vom Anfang der Obligation an auf Erſtattung der Früchte führt, kann natürlich die L. C. nichts Neues hinzuthun, ſo daß von einer Wirkung der L. C. auf den Erſatz der Früchte nur bei denjenigen Obligationen die Rede ſeyn kann, welche nicht ſchon an ſich einen ſolchen Erſatz begründen.

Die Grundlage der hier einſchlagenden Regeln bildet nicht, wie in vielen andern Fällen, die Unterſcheidung der stricti juris und bonae fidei actiones, ſondern vielmehr folgende ganz andere Unterſcheidung. Die perſönlichen Klagen gehen entweder auf eine repetitio, d. h. auf die Wiedererlangung einer Sache oder eines Werthes die ſchon früher zu unſerem Vermögen gehört haben, oder aber ſie gehen auf einen unſerem Vermögen bisher fremden Gegenſtand (ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu) (o).

(o) Die hier aufgeſtellte wichtige Unterſcheidung wird von Paulus durchgeführt in den zwei wichtigſten hier einſchlagenden Stellen: 1. die *L.* 65 *de cond. indeb.* (12. 6) handelt blos von den Klagen auf repetitio. 2. *L.* 38 *de usuris* (22. 1) ſpricht von beiden Klaſſen von Klagen, ſtellt aber nicht den Gegenſatz derſelben an die Spitze,

1. Bei den Klagen auf repetitio gilt die Regel, daß die Früchte und andere Erweiterungen ſchon von Anfang an erſetzt werden müſſen, ſo daß in dieſer Hinſicht die L. C. ohne allen Einfluß iſt. Auch macht es dabei durchaus keinen Unterſchied, ob eine ſolche Obligation durch eine ſtrenge oder freie Klage verfolgt wird, wie denn namentlich die der condictio indebiti zum Grunde liegende Obligation von Anfang an, alſo vor allem Rechtsſtreit, und auch ohne Mora, den Fruchterſatz mit umfaßt (p).

2. Unter den Klagen auf einen bisher fremden Gegenſtand (quod meum non fuit) wurden die freien und ſtrengen Klagen unterſchieden.

a) Bei den freien Klagen dieſer Klaſſe galt, wie es ſcheint, von jeher und ohne allen Widerſtreit die Regel, daß Früchte erſtattet werden müßten (q). Hier aber war die Sache deswegen von keiner Erheblichkeit, weil meiſt der eigenthümliche Inhalt jeder beſonderen Obligation, und insbeſondere die Einwirkung der Mora, eine frühere Ver-

ſondern deutet ihn erſt an in den § 7 (ſ. u. Note s), obgleich ſie ihn durchweg unverkennbar vorausſetzt.

(p) *L.* 65 *pr.* § 5. 7, *L.* 15 *pr. de cond. indeb.* (12. 6). Auf dieſelbe Klaſſe von Klagen bezieht ſich augenſcheinlich *L.* 38 *pr.* § 1—6, § 10 bis 15 *de usur.* (22. 1). Bloße Anwendungen auf das Interdict unde vi, und auf die actio pignoratitia finden ſich in *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4), und *L.* 3 *C. de pign. act.* (4. 24). Allerdings können Zinſen mit der cond. indebiti nicht gefordert werden, welches jedoch unten beſonders erklärt werden wird.

(q) *L.* 38 § 15 *de usur.* (22. 1) „In ceteris quoque bonae fidei judiciis fructus *omnimodo* praestantur."

pflichtung zum Fruchterſatz mit ſich führt, und alſo die Wirkung der L. C. abſorbirt (r).

b) Bei den ſtrengen Klagen (den Condictionen) war von Anfang der Obligation an keine Verpflichtung zum Fruchterſatz vorhanden, und ſelbſt die Mora erzeugte eine ſolche Verpflichtung nicht. Wenn alſo z. B. ein Landgut durch Stipulation verſprochen worden war, ſo konnte der Creditor nur das Landgut ſelbſt einklagen, nicht die ſeit der Zeit des Vertrags oder der Mora gezogenen Früchte, und es blieb alſo ihm überlaſſen, durch ſchleunige Anſtellung der Klage den möglichen Verluſt abzuwenden, der ihm aus der Anwendung dieſer Regel entſtehen konnte. Hier aber zeigte ſich eine wichtige Wirkung der L. C., indem von dieſer an die omnis causa geleiſtet werden mußte. Zwar auch dieſe Regel galt in der älteſten Zeit nicht; aber ſchon frühe (und wahrſcheinlich nach der Analogie der Eigenthumsklage) erkannte man die Billigkeit derſelben an, Sabinus und Caſſius erklärten ſich für dieſelbe, und ſie wurde dann allgemein angenommen (s).

(r) So z. B. bei dem Kauf *L.* 38 § 8 *de usur.* „Ex causa etiam emptionis fructus restituendi sunt.“ Hier kommt theils die Mora, theils die gegenſeitige Zahlung des Kaufpreiſes, alſo überhaupt die auf völlige Gegenſeitigkeit gerichtete Natur dieſes Vertrags, in Betracht. — Eben ſo wird bei Legaten und Fideicommiſſen bald die Mora, bald die L. C. als Anfangspunkt des Fruchterſatzes angegeben; die L. C. kann nur ſo gemeint ſeyn, wenn nicht ſchon früher eine Mora vorhanden war (§ 271).

(s) *L.* 38 § 7 *de usur.* (22. 1) „Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiam si mora facta sit. Quod si acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus

§. 267.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen (Fortsetzung. Versäumte Früchte).

Schon oben ist an mehreren Stellen die Rede gewesen von dem Ersatz für versäumte Früchte, oder die s. g. fructus percipiendi (§ 265. 266). Hierüber herrschen unter neueren Schriftstellern manche Misverständnisse, welche meist aus einer zu subtilen Behandlung des an sich einfachen Gegenstandes entstanden zu seyn scheinen. Darauf soll gegenwärtig näher eingegangen werden.

Eine sichere Grundlage für diese Untersuchung bildet der deutlich ausgesprochene Grundsatz, daß die Verpflichtung zum Ersatz solcher Früchte stets auf die Culpa des Besitzers, der sie zu gewinnen versäumte, zurückzuführen ist (§ 266. d). Jede Streitfrage in dieser Lehre kann also nur aus dem Daseyn oder dem Mangel einer solchen Culpa entschieden werden.

So hat man sich in neuerer Zeit viele, wie es scheint vergebliche, Mühe gegeben mit der Untersuchung der Frage, ob die unbenutzte Möglichkeit des Fruchtgewinnes nach der Person des Klägers oder nach der des Beklagten abzumessen sey. Manche wollen hierin zwischen der Eigenthumsklage und Erbschaftsklage unterscheiden (a), Andere zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer (b), noch

quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur: quod puto recte dici."

(a) Buchholtz, Abhandlungen S. 13—15.

(b) Glück, B. 8 S. 262. 296. 298.

Andere behaupten ganz allgemein, daß lediglich auf die Perſon des Klägers geſehen werden müſſe (c).

Nicht ſowohl die eine oder die andere dieſer Beantwortungen der erwähnten Frage, als vielmehr die Stellung der Frage ſelbſt, iſt verwerflich. Es liegt dabei die Vorausſetzung zum Grunde, als ob die Fruchtgewinnung von beſonderen perſönlichen Geſchicklichkeiten abhinge, welche bald bei dem einen, bald bei dem andern Theil gefunden oder vermißt werden könnten.

Nach dem eben aufgeſtellten Princip iſt dieſes ganze Verfahren grundlos. Alles kommt allein auf das Daſeyn der Culpa in dem Benehmen des Beſitzers an. Das Daſeyn der Culpa aber wird nach allgemeinen bekannten Grundſätzen feſtgeſtellt durch die Vergleichung des perſönlichen Benehmens jedes im einzelnen Fall zu beurtheilenden Schuldners mit demjenigen Thun und Laſſen, welches in gleichem Fall von einem diligens paterfamilias zu erwarten geweſen wäre. Dem urtheilenden Richter alſo ſoll die allgemeine Handlungsweiſe eines beſonnenen Mannes als Maaßſtab dienen, wobei auf die Eigenthümlichkeit des Schuldners gar nichts ankommt (d). Allerdings wird in einigen Stellen die Verpflichtung zum Erſatz wörtlich davon abhängig gemacht, daß der Kläger hätte die Früchte ge-

(c) Heimbach, Lehre von der Frucht S. 168—170 S. 184.

(d) In wenigen und nicht bedeutenden Fällen wird auf die Individualität des Schuldners ausnahmsweiſe ſchonende Rückſicht genommen (diligentia quam suis rebus adhibere solet). Von einem ſolchen Fall iſt hier gar nicht die Rede.

winnen können (e); allein in noch mehreren Stellen wird die Frage ſo geſtellt, ob der Beklagte Dieſes thun konnte oder ſollte (f). Beide Arten des Ausdrucks haben aber ganz denſelben Sinn, und werden daher mit Recht in willkührlicher, zufälliger Abwechslung gebraucht.

Daß in der That dieſe beide Arten die Frage aufzufaſſen gar nicht verſchieden ſind, folgt daraus, daß beide, verglichen mit dem allgemeinen Princip der Culpa keinen anderen Sinn haben als den: was in dieſem Fall ein beſonnener Hausvater wirklich gethan hätte. Da wo in unſren Rechtsquellen die für den Kläger vorhandene Möglichkeit der Fruchtgewinnung erwähnt wird, ſteht ſie als Gegenſatz gegen das, was der Beklagte wirklich gewonnen hat, welches dann für gleichgültig erklärt wird (g). In keiner Stelle wird die Möglichkeit für den Kläger der Möglichkeit für den Beklagten als etwas Verſchiedenes gegenüber geſtellt (h), ſowie es die neueren Schriftſteller in ihrer Controverſe fälſchlich vorausſetzen.

(e) *L.* 62 § 1 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 39 § 1 *de leg.* 1. (30), *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4).

(f) *L.* 25 § 4 *de her. pet.* (5. 3), *L.* 2 *C. de fruct.* (7. 51), *L.* 5 *C. de rei vind.* (3. 32), *L.* 1 § 1 *C. de her pet* (3. 31), *L.* 3 *C. de pign. act.* (4. 24).

(g) *L.* 4 *C. unde vi* (8. 4) „fructus etiam quos vetus possessor *percipere potuit*, non tantum quos praedo *percepit*.“

(h) Allerdings iſt in dieſem Sinn aufgefaßt worden *L.* 62 § 1 *de rei vind.* (6. 1) „constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset,“ und dieſe Stelle ſcheint faſt allein das Misverſtändniß veranlaßt zu haben, als ob die Geſchicklichkeit des Klägers mit der des Beklagten abzuwägen, und zwiſchen beiden Geſchicklichkeiten als Maaßſtab der Beurtheilung zu wählen wäre. Allein die Florentiniſche Leſeart fruiturus sit, iſt ohnehin

Ferner iſt in der neueſten Zeit behauptet worden, ein Erſatz für verſäumte Früchte ſey nur dann zu leiſten, wenn die Früchte wirklich vorhanden waren, und der Beſitzer ſie einzuſammeln unterließ; dagegen ſoll ihn kein Vorwurf und keine Verpflichtung treffen, wenn er die Anſtalten unterläßt, ohne welche eine Entſtehung der Früchte unmöglich iſt (i). Daher würde die unterlaſſene Erndte einen Anſpruch auf Erſatz begründen, die unterlaſſene Beſtellung des Feldes aber nicht.

Bei einer richtigen Anwendung unſres Princips von der Culpa, und bei der practiſchen Auffaſſung des ganzen Rechtsverhältniſſes, muß dieſe Meinung gänzlich verworfen werden. Wenn der Beſitzer eines Landgutes, der vorausſieht, daß er in der Eigenthumsklage unterliegen werde, obgleich dieſe durch mehrere Jahre hingezogen werden kann, die Aecker unbeſtellt läßt, und dadurch ohne allen Fruchtertrag bleibt, ſo kann man unmöglich ſagen, daß er das gethan habe, was ein diligens pater familias gethan hätte, ſo wie es doch Paulus fordert (§ 266. d). Es wird ferner ausdrücklich geſagt, daß der unredliche Beſitzer auch verantwortlich ſey wegen Unterlaſſung der für die Sache nöthigen Ausgaben (k), und es wird dabei

verwerflich und ſinnlos, da von einer Beurtheilung der Zukunft gar nicht die Rede ſeyn kann. Nimmt man aber die Vulgata fruitus sit an, die gar kein Bedenken hat, ſo verſchwindet ſelbſt jener ſchwache Schein völlig, und die Stelle ſagt dann wörtlich daſſelbe, wie die vorher angeführte Stelle des Codex (Note g).

(i) Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 171—178.

(k) *L.* 31 § 3 *de her. pet.* (5. 3). „Sumtum ... si facere

durchaus nicht unterſchieden zwiſchen Ausgaben für die Erhaltung der Sache ſelbſt, oder für die Beſtellung zur Fruchterzeugung.

Wenn man jene Behauptung auf die ſ. g. civilen Früchte anwendet, ſo würde ſie zu folgender Unterſcheidung führen. Der Beſitzer wäre verpflichtet, Miethgeld und Zinſen einzukaſſiren, wenn die Contracte hierüber ſchon geſchloſſen ſind; nicht verpflichtet, ſolche Contracte zu ſchließen, auch ſelbſt an ſolchen Sachen, die ihrer Natur nach zum Vermiethen beſtimmt ſind. Nun wird aber gerade hiervon das Gegentheil ausdrücklich geſagt. Der unredliche Beſitzer ſoll für verſäumte Früchte einſtehen, wenn er Sachen unvermiethet läßt, deren Vermiethung herkömmlich iſt (l). Eben ſo ſoll der Erbe, wenn er die Auszahlung eines Geldlegats ohne Grund verzögert, davon landübliche Zinſen zahlen (m).

Sehr richtig wird dieſes ganze Rechtsverhältniß in folgender Stelle der Weſtgothiſchen Interpretation beurtheilt (n):

debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem.“

(l) *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1) „Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area *quae locari solent.*“ — *L.* 19 *pr. de usur.* (22. 1) am Ende der Stelle.

(m) *L.* 39 § 1 *de leg.* 1. (30). Aus den landüblichen Zinſen folgt, daß nicht blos die Einkaſſirung, ſondern auch das Ausleihen von dem Erben erwartet wird. Denn wäre die Rede von einem ſchon ausgeliehenen Capital, ſo würden nicht landübliche, ſondern die im Contract verſprochenen Zinſen gefordert werden.

(n) *Interpr. L.* 1. *C. Th. de fruct.* (4. 18).

quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset.

Die ganze hier widerlegte Meinung ſcheint überhaupt nur aus einer zu buchſtäblichen Auffaſſung der Worte percipere und colligere hervor zu gehen, die freilich unmittelbar blos den Act des Einſammelns bezeichnen, dem Sinn nach aber auch die unerläßlichen vorbereitenden Handlungen mit in ſich ſchließen. Wäre die Rede davon, dem Beſitzer ungewöhnliche Anſtrengungen von Kraft und Geſchicklichkeit zuzumuthen, ſo würde jene Meinung richtig ſeyn; es wird aber nichts von ihm verlangt, als daß er dasjenige thue, welches Niemand, ſelbſt an ſeinem eigenen Vermögen, unterlaſſen kann ohne den Vorwurf einer entſchiedenen Nachläſſigkeit auf ſich zu ziehen.

Zuletzt iſt noch eine Bemerkung hinzuzufügen, über die Rechtsmittel womit für die verſäumten Früchte Erſatz verlangt werden kann. Wegen der vorhandenen oder verzehrten Früchte ſind nach Umſtänden ganz verſchiedene Rechtsmittel anwendbar: die Hauptklage, durch welche auch die Früchte mit umfaßt werden, dann die Vindication oder eine Condiction, je nachdem die Früchte vorhanden oder verzehrt ſind.

Nicht ſo verhält es ſich mit dem Erſatz für die verſäumten Früchte. Dieſer kann allerdings durch die auf die Sache ſelbſt gerichtete Hauptklage mit verfolgt werden, und hierdurch werden in der That die ſo eben aufgeſtellten Regeln geltend gemacht. Dagegen kann von einer Vindication

dieſer Früchte nicht die Rede ſeyn, indem dieſelben niemals im Beſitz des Beklagten geweſen ſind. Eben ſo wenig aber iſt eine Condiction auf dieſelben möglich, weil die Grundbedingung einer ſolchen, nämlich die Bereicherung aus fremder Sache, fehlt (o).

Dieſer letzte Satz wird in folgender Stelle anerkannt, welche leicht misverſtanden werden kann (p):

- Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coëgisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet.

Flüchtig angeſehen, könnte dieſe Stelle als ein Widerſpruch gegen die ganze Lehre von dem Erſatz für verſäumte Früchte aufgefaßt werden. Wenn man aber die unzweifelhafte techniſche Bedeutung der Worte dare oportere erwägt, ſo liegt in der angeführten Stelle nichts Anderes, als die ſo eben gerechtfertigte Verneinung einer ſelbſtſtändigen Condiction. Der Verfaſſer der Stelle will alſo nur ſagen, daß für verſäumte Früchte niemals mit einer Condiction Erſatz gefordert werden könne; er widerſpricht aber damit nicht der Forderung dieſes Erſatzes überhaupt, indem ja die Vindication der Hauptſache dieſen Erſatz mit umfaſſen kann (q).

Man darf auch nicht glauben, daß dieſe Unterſcheidung ein blos theoretiſches Intereſſe habe, und practiſch

(o) S. o. B. 5 S. 524. b.
(p) *L.* 78 *de rei vind.* (6. 1).
(q) Dieſe richtige Erklärung der Stelle findet ſich bei Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 94. 95.

werthlos ſey. Denn wenn der unredliche Beſitzer den Beſitz der Hauptſache ohne ſeinen Dolus verliert, ſo kann gegen ihn eine Vindication überhaupt nicht mehr angeſtellt werden, ſo daß auch eine Nachforderung der etwa früherhin verſäumten Früchte nicht mehr möglich iſt. Wäre dagegen für dieſe eine ſelbſtſtändige Condiction zuläſſig, ſo würde dieſelbe auch jetzt noch angeſtellt werden können.

Eine eigenthümliche Beſtimmung über die ſ. g. fructus percipiendi enthält das Preußiſche A. L. R. Es verpflichtet nicht, ſo wie das R. R., jeden Beklagten, die Früchte zu erſetzen, welche zu gewinnen er während der Dauer des Rechtsſtreits etwa verſäumt haben möchte, ſondern nur Den, welcher es weiß, daß die Sache, die er als ſeine eigene beſitzt, einem Anderen zugehöre, alſo den wahren, eigentlichen malae fidei possessor (r). — Dieſe Abweichung kann ich nicht billigen. Jedem Beklagten, auch wenn er noch ſo feſt von ſeinem Recht überzeugt iſt, kann man ohne Unbilligkeit zumuthen, daß er die Möglichkeit bedenke, den Prozeß zu verlieren, und für dieſen möglichen Fall ſich als den Verwalter eines fremden Gutes anſehe,

(r) A. L. R. Th. 1 Tit. 7 § 229. Auf den erſten Blick könnte man glauben, es ſey hier nur derſelbe unredliche Beſitzer gemeint wie in § 222, d. h. eben der Beklagte überhaupt. Daß aber in der That ein Unterſchied, ein Gegenſatz gemeint iſt, zeigt erſtlich der verſchiedene Ausdruck beider §§, zweitens die Vergleichung der § 223—228 mit § 229, welcher letzte offenbar etwas Neues ſagen will, drittens die Bemerkungen von Suarez bei Simon Zeitſchrift B. 3 S. 330 N. 2, S. 172. Vgl. auch ebendaſ. S. 633 und oben § 264.

dem eine besondere Sorgfalt obliegt. Wenn er also in dieser Lage aus Trägheit unterläßt, den streitigen Acker zu bestellen, oder die Früchte einzusammeln, so trifft ihn, bei der Verurtheilung in der Hauptsache, auch die Entschädigung für diese versäumten Früchte mit allem Recht. Ich glaube, daß diese unrichtige Bestimmung lediglich aus dem falschen Standpunkte hervorgegangen ist, welcher überhaupt im A. L. R. bei der Feststellung der eigenthümlichen Prozeßverpflichtungen gewählt worden ist (§ 264). Man wollte Alles auf das unredliche Bewußtseyn des Besitzers zurück führen, und glaubte nun, in diesem stets verschiedene Grade unterscheiden, und mit verschiedenen Wirkungen versehen zu müssen.

§. 268.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Fortsetzung. Prozeßzinsen.)

Unter den Erweiterungen, von deren Ersatz in Folge der L. C. bisher die Rede gewesen ist, befindet sich eine, deren Behandlung vorzugsweise zweifelhaft und bestritten, und zugleich practisch sehr wichtig ist; dieses sind die Prozeßzinsen. Zu einer erschöpfenden Behandlung derselben ist es unumgänglich nöthig, eine zusammenhängende Übersicht des Zinsensystems überhaupt vorauszuschicken. Ohne eine solche Übersicht ist es nicht möglich, eine falsche Auffassung und Benutzung mancher der wichtigsten Quellenzeugnisse mit Sicherheit abzuwehren.

Dem allgemeinen Begriff der Zinsen liegt zum Grunde die Unterscheidung eines zweifachen im täglichen Verkehr vorkommenden Werthes: des Sachwerthes (Eigenthumswerthes) und des Gebrauchswerthes. Die Rechtsgeschäfte, worin beide vorzüglich zur Anschauung kommen, sind der Kauf und der Miethsvertrag. Da der Gebrauchswerth auf einer fortgesetzten Thätigkeit der gebrauchenden Person im Verhältniß zur Sache beruht, so hat er überhaupt nur Bedeutung, in sofern ein durch diese Thätigkeit erfüllter Zeitraum hinzugedacht wird.

Für den Gebrauchswerth wie für den Sachwerth, ist ein Ersatz oder eine Vergütung möglich in der verschiedensten und willkührlichsten Weise: durch eine Geldsumme, durch Arbeit, durch den gegenseitigen Gebrauch anderer Sachen u. s. w. Für die meisten Fälle solcher Art ist weder die Möglichkeit noch das Bedürfniß einer gemeinsamen Behandlung und Regulirung vorhanden; ein solches Bedürfniß findet sich nur bei einer Art von Sachen, deren eigenthümliche Natur hier zunächst zu bestimmen ist.

Es sind dies diejenigen Sachen, deren Werth nach der im Verkehr vorherrschenden Ansicht nicht auf ihrer Individualität, sondern lediglich auf Zahl, Maaß oder Gewicht innerhalb einer gewissen Gattung beruht, so daß bei gleichem Umfange verschiedene Individuen derselben Gattung völlig gleichgeltend sind. Die Römer bezeichnen diese Eigenthümlichkeit durch den Ausdruck: res quae pondere, numero, mensura continentur (consistunt), welcher genau richtige

Ausdruck durch ſeine Weitläufigkeit zum gewöhnlichen Gebrauch unbequem iſt. Die neueren Schriftſteller nennen ſie ſeit Jahrhunderten mit einem barbariſch gebildeten Ausdruck res fungibiles (a). Ich werde dafür den Ausdruck: Quantitäten gebrauchen, der die entſchiedene Autorität der Römiſchen Juriſten für ſich hat. Denn obgleich in vielen, ja den meiſten, Stellen der Ausdruck quantitas ſo viel bedeutet als: Größe oder Umfang, alſo eine allgemeine Eigenſchaft die den verſchiedenſten Sachen zukommt, ſo wird er doch auch in mehreren unzweifelhaften Stellen geradezu gebraucht um die hier erwähnte beſondere Art von Sachen zu bezeichnen, alſo Sachen die nach Zahl, Maaß oder Gewicht einer beſtimmten Gattung, nicht nach ihrer Individualität, als Gegenſtände von Rechtsverhältniſſen behandelt zu werden pflegen. Eine Sache ſolcher Art heißt quantitas, im Gegenſatz von corpus oder species, d. h. einer Sache, die den individuellen Gegenſtand eines Rechtsgeſchäfts bildet (b).

(a) Die Veranlaſſung zu dieſem Ausdruck liegt in *L.* 2 § 1 *de reb. cred.* (12. 1) „quia in genere suo *functionem recipiunt* per solutionem.“ Es ſcheint, daß der Ausdruck res fungibiles eingeführt worden iſt von Zasius in § 30 J. de actionibus N. 17. 18. wenigſtens thut er ſich etwas darauf zu gut, die anderen Schriftſteller zurecht zu weiſen, die dafür quantitas ſagen „sed male et barbare: sola enim pecunia quantitas dicitur, quia per eam quanta quaeque res sit aestimatur.“

(b) *L.* 34 § 3—6 *de leg.* 1. (30), *L.* 15 § 4 *de usufr.* (7. 1), *L.* 94 § 1 *de solut.* (46. 3). Allerdings iſt in dieſen Stellen zunächſt von Geldſummen die Rede, die ohnehin die häufigſte und wichtigſte quantitas bilden. Allein in der erſten Stelle wird damit auch alles Übrige quod pondere, numero, men-

An Quantitäten nun kann der Gebrauchswerth, eben ſo wie an allen anderen Sachen, auf die verſchiedenſte Weiſe beſtimmt werden; es kann dies u. a. aber in Quoten gleichartiger Sachen geſchehen, und dieſe Behandlung iſt für den Verkehr ſo wichtig und bequem, daß dafür zu allen Zeiten beſondere Beſtimmungen nöthig gefunden worden ſind. Hierauf bezieht ſich das Rechtsinſtitut der Zinſen (usura auch usurae).

Zins heißt ein beſtimmtes Maaß einer Quantität, welches als Erſatz oder Vergütung dient für den Gebrauch einer gleichartigen Quantität, welche das Kapital genannt wird. Das Zinſenverhältniß iſt an ſich anwendbar auf Quantitäten aller Art, alſo auf Getreide, Wein, Oel, und u. a. auch auf Geld. Dieſe letzte Anwendung iſt aber ſo ſehr die wichtigſte und häufigſte, daß man gewöhnlich an ſie allein denkt, wenn von Verzinſung überhaupt die Rede iſt. — Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß Zinſen im juriſtiſchen Sinn als Früchte des Kapitals betrachtet werden (c). Dies iſt jedoch nicht ſo zu verſtehen, als ob

sura continetur, zuſammengeſtellt, und der Gegenſatz von corpus und species paßt auf alles Dieſes gleichmäßig. Daher iſt der Tadel des Zaſius gegen dieſe Benennung (Note a) ungegründet. — Die von Mehreren neuerlich verſuchte Benennung: vertretbare Sachen iſt ohne hinzugefügte Erklärung kaum verſtändlich, da auch alle andere Sachen einer Vertretung (durch Geldentſchädigung) empfänglich ſind. — Die Eigenſchaften der Quantitäten und der verbrauchbaren Sachen ſind an ſich ſelbſt ganz verſchieden, obgleich ſie in der Anwendung meiſt an denſelben Sachen zuſammentreffen.

(c) *L.* 34 *de usuris* (22. 1), *L.* 121 *de V. S.* (50. 16), *L.* 62 *pr. de. rei vind.* (6. 1). Vgl. oben § 265. a. b.

hierin das baare Geld (die Zinsen) eine Frucht des baaren Geldes (des Kapitals) wäre; vielmehr wird die Zinsenforderung als eine aus der Kapitalforderung entsprungene Frucht betrachtet.

Die wichtigste Frage ist nun die, auf welchen Wegen überhaupt eine Zinsenforderung entstehen kann. Es giebt dafür im Allgemeinen zwei Entstehungsgründe:

I. Der Wille des Schuldners, welcher fast immer in der Form eines Vertrages erscheint, und II. eine allgemeine Rechtsregel.

I. Vertrag als Entstehungsgrund einer Zinsenforderung. Ein solcher konnte bei den Römern vorkommen, sowohl in der Form einer Stipulation, als in der eines bloßen Pactum.

A. Die Stipulation von Zinsen war überall anwendbar, und konnte stets eine Klage bewirken. Sie konnte geschlossen werden ohne Unterschied, ob die Kapitalschuld selbst aus einer Stipulation mit oder ohne Darlehn, aus einem bloßen Darlehn ohne Stipulation, oder aus irgend einer anderen obligatorischen Handlung entsprungen war.

Bei den Römern war der wichtigste und häufigste Fall der, in welchem beide Obligationen, des Kapitals und der Zinsen, durch Stipulation begründet und zwar auf Geld gerichtet wurden. Ob dieses, der wörtlichen Fassung nach, in zwei abgesonderten Verträgen geschah (also mit einem doppelten spondes? spondeo), oder aber in einem zusammengefaßten einfachen Vertrag, an dessen Schluß jene Frage

und Antwort ausgeſprochen wurde, dieſes war für den Erfolg gleichgültig. Denn auch in dem letzten Fall waren in der That ebenſo wie in dem erſten, zwei verſchiedene, und zwar ſogar ungleichartige Stipulationen geſchloſſen: eine certa auf das Kapital, und eine incerta auf die Zinſen (d). Die Kapitalsſtipulation war nothwendig certa, weil die Summe des Kapitals völlig gewiß und überſehbar war; die Zinſenſtipulation nothwendig incerta, weil ſich nicht vorherſehen ließ, wie viele Zinsposten fällig werden würden, und wie hoch daher die einzuklagende Zinſenſumme im Ganzen ſeyn werde. Waren es aber zwei verſchiedenartige Stipulationen, ſo mußten hierauf nothwendig auch zwei verſchiedene Klagen gegründet werden, eine certi und eine incerti condictio (beide bekanntlich von ganz verſchiedener Natur), indem ſtets der Stipulation die Klage genau entſprechen mußte, und hierin eine Willkühr des Klägers durchaus nicht zuläßig war (e).

Ganz eben ſo verhielt es ſich, wenn neben einem bloßen Darlehn (ohne Stipulation) Zinſen ſtipulirt waren. Auch hier mußten nothwendig zwei verſchiedene Klagen angeſtellt werden, eine certi und eine incerti condictio.

(d) *L.* 75 § 9 *de verb. obl.* (45. 1) „qui sortem stipulatur, et usuras quascunque, *certum* et *incertum* stipulatus videtur: et tot stipulationes sunt, quot res sunt“ (alſo hier zwei. Dieſe letzten Worte verweiſen auf eine allgemeine ſprüchwörtliche Rechtsregel; vgl. *L.* 86 *eod.*). — *L.* 8 *de eo quod certo loco* (13. 4) „ibi enim *duae stipulationes* sunt“ (es war von Kapital und Zinſen die Rede).

(e) Gajus IV. § 53. „sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.“

B. Ein Pactum auf Zinſenzahlung hatte eine verſchiedene Wirkung je nach der verſchiedenen Natur der Hauptſchuld. Es konnte nämlich vorkommen, a) neben einem b. f. contractus, b) neben einer Stipulation, c) neben einem Darlehn.

a) Das Pactum auf Zinſen neben einem b. f. contractus war nach allgemeinen Grundſätzen klagbar, jedoch nicht mit einer ſelbſtſtändigen Klage, ſondern nur in Verbindung mit der aus dem Contract entſpringenden Hauptklage (f). Dieſes auf bekannten allgemeinen Rechtsregeln beruhende Rechtsverhältniß wird namentlich anerkannt bei dem Kauf, der Miethe, dem Mandat, dem Depoſitum (g).

b) Auch wenn neben einer Stipulation auf das Kapital ein bloßes Pactum auf Zinſen gleichzeitig geſchloſſen war, ſo ſollte dennoch auf die Zinſen wie aus einer Stipulation (alſo mit einer incerti condictio) geklagt werden können. Dieſer Rechtsſatz war der alten ſtrengen Natur der Stipulation fremd, und wurde erſt durch die neue freiere Behandlung des Vertrages vermittelt. Auch wird ausdrücklich bemerkt, daß dieſer Satz erſt allmälig und nicht ohne Widerſpruch anerkannt worden ſey (h). Es lag dabei

(f) *L.* 4 *C. depos.* (4. 34) „non duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum sed una.“ Hier gilt alſo gerade die entgegengeſetzte Regel von der für die ſtipulirten Zinſen ſo eben bemerkten.

(g) *L.* 5 *C. de pact. int. emt.* (4. 54), *L.* 17 § 4 *de usuris* (22. 1), *L.* 24 *pr. in f. mandati* (17. 1), *L.* 24 *L.* 26 § 1 *depos.* (16. 3).

(h) *L.* 40 *de reb. cred.* (12. 1). Über dieſe, durch ihre Schwierigkeit berühmte, Stelle (L. *Lecta*) vgl. Glück B. 4 S. 268—276, Schulting notae III. 31. Auf

folgender Gedanke zum Grunde. Wenn die Parteien die Vorſicht gebraucht hätten, zuerſt den ganzen Inhalt ihrer Verabredung (wegen Kapital und Zinſen) auszuſprechen und dann am Schluß die allgemeine Formel hinzuzufügen: ea omnia dare spondes? spondeo, ſo würde unſtreitig die Stipulation alle Theile des Verſprechens, auch die Zinſen, umfaßt haben. Daß ſie nun hierin ungenau verfuhren und die rechte Form verſäumten, ſollte ihnen, wie ſo mancher andere Verſtoß gegen die ſtrenge alte Form, nicht ſchaden. Es wurde alſo gewiſſermaaßen fingirt, es ſey die in der Mitte der ganzen Handlung ausgeſprochene Stipulationsformel am Schluß der Handlung wiederholt worden. — Dieſe freiere Behandlung der Stipulation war ganz gleichartig mit derjenigen, nach welcher ſchon zur Zeit der alten Juriſten in einer fremden Sprache, in verſchiedenen Sprachen, und mit nicht buchſtäblicher Gleichförmigkeit, gefragt und geantwortet werden durfte, ohne die Wirkſamkeit der Stipulation zu ſchwächen.

c) Endlich das Pactum auf Zinſen neben dem bloßen Darlehn führt am meiſten Verwicklungen mit ſich, und hat Gelegenheit zur irrigen Auffaſſung mehrerer ſchwierigen

eine vollſtändige Erklärung derſelben kann es hier nicht ankommen; der hierher gehörende Theil, den ich für nicht zweifelhaft halte, iſt in folgenden Worten enthalten: „pacta *incontinenti facta* stipulationi *inesse creditur* . . . Pactum autem, quod subjectum est, *quidam dicebant* . . tantum ad exceptionem prodesse . . . et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, QUAMVIS SENTENTIA DIVERSA OBTINUERIT“ rel.

Stellen des R. R. gegeben, weshalb hierbei eine besonders genaue Behandlung nöthig ist.

Vergleichen wir zuerst das Darlehn mit der so eben abgehandelten Stipulation, so finden wir die Regel ausgesprochen, daß dem Darlehn alles Dasjenige rechtsgültig hinzugefügt werden könne, welches in einer Stipulation zulässig sey:

„Omnia quae inseri *stipulationibus* possunt, eadem possunt etiam *numerationi pecuniae:* et ideo et conditiones“ (i).

Da nun so eben gezeigt worden ist, daß das Pactum auf Zinsen neben der Stipulation als Grund einer Klage späterhin zugelassen wurde, so würde die Consequenz dahin geführt haben, dieselbe Wirkung auch neben dem Darlehn zuzulassen, ohne daß dessen strenge Contractsnatur (die ja nicht strenger war, als die der Stipulation) ein Hinderniß hätte darbieten können. Ich sage, so hätte es consequenter Weise seyn müssen sowohl bei dem Darlehn in Geld, als bei dem in anderen Quantitäten. Auch wurde diese Consequenz in der That durchgeführt und anerkannt in diesem zweiten Fall des Darlehns (an Getreide u. s. w.), wie sogleich gezeigt werden wird. Bei dem Gelddarlehn dagegen war es anders, diese Verschiedenheit hatte aber ihren Grund nicht in der Natur des Contracts, sondern vielmehr in der ganz eigenthümlichen Natur der diesem Contract ausschließend angewiesenen Klage.

(i) *L.* 7 *de reb. cred.* (12. 1).

Die einzig mögliche Klage nämlich aus einem Gelddarlehn war die certi condictio, worin die Intentio nothwendig eine beſtimmte Geldſumme ausſprechen und die Condemnatio mit dieſer Summe übereinſtimmen mußte. Nun hatte der Judex keine andere Wahl, als entweder freizuſprechen, oder auf die ausgedrückte Summe zu verurtheilen. Hätte er dieſe Summe durch die verſprochenen Zinſen in dem Urtheil erhöht, ſo würde er das Ganze aus eigenem Vermögen haben erſetzen müſſen (k).

Hierin allein liegt der Grund der in ſo vielen Stellen ausgeſprochenen Regel, daß bei einem Gelddarlehn auf Zinſen niemals geklagt werden könne, wenn nicht dieſe Zinſen in einer Stipulation verſprochen worden ſeyen (l). Lag aber der Grund hierin, alſo in der Klagformel, und nicht in der Natur des Contracts, ſo war es ganz inconſequent, im Juſtinianiſchen Recht (in welchem die Klagformeln gänz-

(k) Gajus IV. § 52 „alioquin litem suam facit."

(l) *L.* 24 *pr. de praescr. verb.* (19. 5), *L.* 10 § 4 *mand.* (17. 1), *L.* 11 § 1 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 3. 7 *C. de usur.* (4. 32). Paul. II. 14 § 1. — Der Unterſchied von dem vorhergehenden Fall, wo das Pactum der Stipulation angehängt war, lag darin, daß hier der bloße Formfehler durch milde Auslegung verbeſſert wurde, indem man es ſo anſah, als wäre die Stipulationsformel erſt am Ende des ganzen Akts ausgeſprochen worden. Neben dem Darlehn war dieſe Behandlung unmöglich, da bei den Zinſen die Fiction eines Darlehns keinen Sinn gehabt hätte, ohne dieſelbe aber die Klage aus dem Pactum ohne allen Entſtehungsgrund geweſen wäre. — Man darf übrigens die aufgeſtellte Regel nicht ſo verſtehen, als ob ein ſolches Pactum ganz wirkungslos geweſen wäre; es ſollte nur keine Klage begründen, eine naturalis obligatio entſprang daraus allerdings. *L.* 5 § 2 *de sol.* (46. 3), *L.* 3. 4. 22 *C. de usur.* (4. 32). Auch zweifelte hieran ſelbſt die ſtrengſte Partei der Juriſten nicht (Note h).

lich verſchwunden ſind) dieſe Regel dennoch beizubehalten; ſie hätte ſchon hier gänzlich aufgegeben werden müſſen (m).

Daß dieſe Auffaſſung richtig iſt, geht unwiderſprechlich hervor aus der Art, wie das R. R. das Darlehn an Getreide und anderen Quantitäten, wenn dabei Zinſen durch bloßes Pactum verſprochen waren, unzweifelhaft behandelt, obgleich dieſes Darlehn ein völlig eben ſo ſtrenger Contract war und durchaus keine andere Contractsnatur hatte, als das Gelddarlehn. Hierüber ſind folgende Stellen ganz entſcheidend.

1. „Frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto prastanda est“ (n).

   Hier iſt ausdrücklich anerkannt, daß bei einem Darlehn von Getreide, Zinſen aus einem bloßen Pactum eingeklagt werden konnten, nur iſt die Klage nicht genannt.

2. „Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis, incerti pretii ratio, additamentum usurarum ejusdem materiae suasit admitti“ (o).

Dieſe Stelle iſt zu allen Zeiten Gegenſtand großer

(m) Zweifelhaft iſt die Behandlung des nauticum foenus, wobei die Klage nicht angegeben wird (*L.* 5 § 1, *L.* 7 *de naut. foen.* 22. 2). Vielleicht wurde dabei ſtets eine Stipulation angewendet; es ließ ſich aber auch ohne Stipulation eine Klage nach den Grundſätzen der Innominatcontracte wohl denken. Denn die Form des Darlehns war dabei nur ein äußerer Schein, in der That war es das Geben einer Summe auf die Gefahr des Verluſtes, mit dem gegenſeitigen Verſprechen einer höheren Summe für den Fall, wenn der Verluſt nicht eintrat, alſo ein Geſchäft nach der Form do ut des.

(n) *L.* 12 *C. de usur.* (4. 32).

(o) *L.* 23 *C. de usur.* (4. 32).

Zweifel und Misverſtändniſſe geweſen. Vor Allem iſt darin nicht geſagt, von welcherlei Zinſen die Rede iſt. Man könnte dabei denken an Verzugszinſen oder Prozeßzinſen, welches jedoch ſchlechthin verworfen werden muß, da dieſe, wie unten gezeigt werden wird, nur bei baarem Gelde vorkommen können. Eben ſo wenig iſt an ſtipulirte Zinſen zu denken, da bei dieſen die Klagbarkeit ohnehin keinen Zweifel haben konnte, welches zu dem Ausdruck der Stelle nicht paßt. Es bleibt alſo nur der einzige Fall anzunehmen übrig, wenn die Zinſen durch bloßes Pactum verſprochen waren, alſo genau derſelbe Fall wie in der vorhergehenden Stelle, nur hier mit dem wichtigen Zuſatz, daß die Klagbarkeit ſolcher Zinſen nicht auf der ſtrengen Rechtsregel, ſondern auf einer neueren Zulaſſung aus Billigkeit beruhe („suasit admitti“). — Einer beſonderen Erklärung bedürfen aber noch die Worte incerti pretio ratio. Dieſe drücken geradezu den oben aufgeſtellten Gegenſatz eines ſolchen Darlehns gegen das Gelddarlehn aus. Anſtatt daß bei dem Gelddarlehn die certi condictio jede Ausdehnung des Urtheils auf Zinſen unmöglich machte, war hier in der Klage eine incerta Condemnatio enthalten (quanti ea res est), deren unbeſtimmter Ausdruck dem Judex die prozeſſualiſche Freiheit gewährte, auch die Zinſen mit in das Urtheil aufzunehmen, während die materielle Zuläſſigkeit der Zinſen aus den oben angegebenen Gründen ohnehin anerkannt werden mußte (p).

(p) Ich muß daher folgende neuerlich verſuchte Erklärungen der

§. 269.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinſen. Fortſetzung).

Unter den zwei möglichen Entſtehungsgründen einer Zinſenforderung (§ 268) iſt die erſte (der Vertrag) bisher abgehandelt worden; es bleibt noch übrig, auch die zweite darzuſtellen.

II. Allgemeine Rechtsregel als Entſtehungsgrund einer Zinſenforderung.

Dieſe Rechtsregel beruht auf folgender, in der Erfahrung begründeten, Betrachtung. Bei entwickeltem Verkehr iſt die zinsbare Benutzung des baaren Geldes in ſolchem Grade üblich und verbreitet, daß man als durchſchnittliche Regel ohne Bedenken annehmen darf, es könne jede große oder kleine Geldſumme in jedem beliebigen Zeitraum zinsbar benutzt werden. Die Richtigkeit dieſer Annahme wird beſonders anſchaulich, wenn man dabei an das Daſeyn von öffentlichen Banken oder Sparkaſſen denkt, oder auch an das Verhältniß laufender Rechnung, in welches irgend

Stelle verwerfen. Die incerti pretii ratio ſoll nach Einigen den ſchwankenden Preis des Getreides bedeuten; es iſt aber durchaus kein Grund denkbar, warum bei ganz unwandelbaren Preiſen nicht auch Zinſen zuläſſig ſeyn ſollten. — Von Anderen wird alles Gewicht auf die Worte ejusdem materiae gelegt, ſo daß die Stelle eigentlich die Abſicht habe, ein Zinsverſprechen in anderen Stoffen zu unterſagen. Allein dieſe Worte ſind daraus zu erklären, daß auf ein Verſprechen anderer Stoffe der Begriff und Name der Zinſen überhaupt nicht paßt; ein Verbot ſollte darin nicht enthalten ſeyn. — Nach der hier gegebenen Erklärung der Stelle iſt nun auch die Behauptung zu berichtigen, welche auf eine irrige Auffaſſung derſelben oben (B. 5 S. 465) gegründet worden war.

Jemand zu einem Banquier eintritt, wobei jede eingezahlte oder erhobene Summe von dem Tage der Zahlung an zinsbar berechnet wird. Es darf dabei nur nicht der Vorſtellung Raum gegeben werden, als ob das Darlehn gerade die einzige Form zinsbarer Benutzung des Geldes wäre. Auch würde es unrichtig ſeyn, die aufgeſtellte Annahme nur für unſeren heutigen ſehr entwickelten Geldverkehr zuzulaſſen, für die Römiſchen Zuſtände aber zu verneinen. Gerade die Römiſchen Juriſten gehen entſchieden von der hier aufgeſtellten Vorausſetzung aus, wie ſogleich gezeigt werden wird. Auch diente bei ihnen das Inſtitut der Argentarien zu einer beſonders leichten Vermittelung des Zinsgeſchäftes (a).

Die hier aufgeſtellte Anſicht führt zu folgender Behandlung der Rechtsverhältniſſe. Wenn der Gebrauch irgend einer Sache eine Zeit hindurch bei Demjenigen ſich findet, dem er nicht gebührt, alſo einem Anderen mit Unrecht entzogen wird, und zugleich ein Rechtsgrund vorhanden iſt, für dieſes Unrecht Vergütung zu fordern, ſo kommt es in jedem einzelnen Fall darauf an zu beweiſen, wie hoch ſich das Intereſſe dieſes erlittenen Unrechts belaufe, worüber aber eine durchgreifende Regel durchaus nicht aufgeſtellt werden kann.

(a) Eine merkwürdige Anerkennung der hier behaupteten allgemeinen Sitte und Erfahrung, auch in Beziehung auf die Zuſtände des Alterthums, findet ſich an einem Orte, wo man es kaum erwarten ſollte, in dem Gleichniß von dem faulen Knechte, Matthäus 25,27 und Lucas 19,23.

Hierin tritt nun für Denjenigen, der eine ſolche Vergütigung fordert, eine große Erleichterung ein, wenn der Gegenſtand des mit Unrecht entbehrten Gebrauchs in baarem Gelde beſteht. Ein beſonderer Beweis für den Betrag des erlittenen Schadens wird dadurch entbehrlich, daß der Kläger die landüblichen Zinſen des entbehrten Geldes fordern kann. Allerdings kann in einzelnen Fällen auch wohl eine höhere Entſchädigung gefordert werden, dazu aber bedarf es jedesmal einer ſpeciellen geſetzlichen Vorſchrift, oder auch eines beſonderen Beweiſes. Für die landüblichen Zinſen dagegen bedarf es eines beſonderen Beweiſes nicht, indem derſelbe durch den oben aufgeſtellten durchgreifenden Erfahrungsſatz entbehrlich gemacht wird.

Dieſe practiſch höchſt wichtige Regel findet u. a., und vorzüglich, Anwendung auf die Verzugszinſen, indem als Erſatz für die Mora bei einer Geldſchuld, ohne weiteren Beweis des erlittenen Schadens, landübliche Zinſen gefordert werden können (b). Es iſt aber ganz unrichtig dieſen Fall, wie es gewöhnlich geſchieht, als eine ganz beſondere Klaſſe von Zinſen anzuſehen, und davon andere Klaſſen unter verſchiedenen Namen ſtrenge zu unterſcheiden (c).

(b) *L.* 32 § 2 *de usuris* (22. 1).

(c) So z. B. werden mitunter folgende Klaſſen von Zinſen aufgeſtellt: usurae ex mora, legales, punitoriae (Schilling Inſtitutionen III. 108). — Es ſoll durch dieſe Bemerkung keineswegs in Zweifel gezogen werden, daß für manche einzelne Rechtsverhältniſſe poſitive Beſtimmungen, z. B. wegen ungewöhnlich hoher Zinſen, beſtehen; namentlich in den Fällen, worin der Verwalter eines fremden Vermögens das verwaltete Geld unredlich in eigenen Nutzen verwendet. *L.* 38 *de neg. gest.*

Vielmehr liegt in den Verzugszinſen nur der häufigſte Fall der Anwendung, während ganz daſſelbe Princip auch ohne Mora bei vielen Rechtsverhältniſſen zur Anwendung kommt. So ſoll insbeſondere Jeder, der fremde Geſchäfte verwaltet, und dafür aus eigenem Vermögen Auslagen macht, landübliche Zinſen des ausgelegten Geldes fordern können, auch wenn ſeinem Gegner eine Mora nicht zur Laſt fällt (d).

Es iſt ferner unrichtig, wenn Manche die Verzugszinſen als ein beſonderes Privilegium derjenigen Verträge und Klagen anſehen, die den beſonderen Namen bonae fidei actiones führen. Vielmehr beruhen ſie auf einer durchgreifenden Regel für alle Obligationen überhaupt, deren Anwendung nur bei den Condictionen (den ſtrengen Klagen) durch die beſondere Natur dieſer Klagen gehindert wird. Daher galten die Verzugszinſen ohne Zweifel von jeher auch bei allen denjenigen freien Klagen, welche nicht den Namen bonae fidei actiones führten, alſo insbeſondere bei den prätoriſchen Klagen und den extraordinariae actiones (e).

(3. 5); eben ſo die usurae rei judicatae nach Juſtinians neuen Vorſchriften. Nur iſt der Entſtehungsgrund der Zinſenforderung in dieſen einzelnen Fällen nicht ſpecifiſch verſchieden, anſtatt daß die Vertragszinſen von den aus einer allgemeinen Rechtsregel entſtehenden durchaus verſchieden ſind.

(d) So z. B. bei dem Mandat, der negotiorum gestio, der Societät und Tutel. *L.* 12 § 9 *mand.* (17. 1), *L.* 19 § 4 *de neg. gest.* (3. 5). Wenn in dieſen Fällen der Geſchäftsführer beweiſen kann, daß er zu ungewöhnlich hohen Zinſen Geld aufnehmen mußte um die Auslage zu machen, ſo kann er auch dafür Erſatz fordern. Das liegt wieder außer den Grenzen unſrer allgemeinen Präſumtion.

(e) So gelten Verzugszinſen

Es muß aber wohl bemerkt werden, daß die hier aufgeſtellte Anſicht mit ihren wichtigen Folgen nicht auf Quantitäten überhaupt, ſondern lediglich auf Geldſchulden Anwendung findet; hierin eben liegt ein ſehr wichtiger Unterſchied zwiſchen den Vertragszinſen, die auf Quantitäten aller Art angewendet werden können, und den aus einer allgemeinen Rechtsregel abgeleiteten Zinſen, welche nur bei Geldſchulden vorkommen (f).

Der Grund dieſes wichtigen Unterſchiedes iſt darin zu ſuchen, daß die zinsbare Benutzung des Geldes zu jeder Zeit möglich iſt, anſtatt daß das Zinsgeſchäft bei Getreide und anderen Quantitäten nur in ſeltenen Fällen und unter ſehr zufälligen Umſtänden vorzukommen pflegt. Wenn daher der Gebrauch des Getreides einem Anderen mit Unrecht verweigert wird, ſo ſoll keineswegs dem Beſchädigten ein Erſatz wegen des erlittenen Unrechts verſagt werden. Nur muß er die Höhe des Intereſſe beweiſen, und er ſoll nicht den Vortheil wie bei einer Geldſchuld genießen, dieſen Beweis durch die Präſumtion zu erſetzen, daß er das Getreide einſtweilen hätte gegen Zinſen ausleihen können. Denn gerade zu einer ſolchen Präſumtion, welche bei einer

bei der Pollicitation, die gewiß nicht ein bonae fidei contractus iſt. *L.* 1. *pr. de pollic.* (50. 12). — Ebenſo werden in *L.* 38 § 8—16 *de usur.* (22. 1) die bonae fidei actiones mit den prätoriſchen Klagen in der Lehre von der Cauſa ganz auf gleichen Fuß geſtellt. — Endlich gelten Verzugszinſen auch bei den Fideicommiſſen, welche gleichfalls nicht mit einer bonae fidei actio verbunden waren.

(f) So liegt denn auch hierin der entſcheidende Beweis dafür, daß die *L.* 23 *C. de usur.* (ſ. o. §. 268 Note o) durchaus nicht von Verzugszinſen verſtanden werden darf.

Geldſchuld wohl begründet wäre, iſt bei dem Getreide und anderen Quantitäten kein Grund vorhanden (g).

§. 270.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinſen. Fortſetzung.)

Die ganze bisher angeſtellte Unterſuchung über das Zinſenrecht (§ 268. 269) ſollte nur als Grundlage dienen für denjenigen Theil desſelben, welcher allein in den Kreis unſrer gegenwärtigen Aufgabe gehört, nämlich für die Prozeßzinſen, für welche nur von jenem vollſtändigen Zuſammenhang aus eine befriedigende Einſicht gewonnen werden kann.

Der verurtheilte Beklagte ſoll für die Früchte des Streitgegenſtandes Erſatz leiſten, welche dem Kläger durch die Dauer des Rechtsſtreits entzogen worden ſind (§ 265). Wenn nun der Gegenſtand des Rechtsſtreits in einer Geldſumme beſteht, ſo entſteht die practiſch ſehr wichtige Frage, ob die Zinſen dieſes Geldes als ſolche zu vergütende Früchte zu betrachten ſind, ob alſo überhaupt ein Anſpruch des Klägers auf Prozeßzinſen zu behaupten iſt. Dieſe Frage iſt im hohen Grade beſtritten, und der Streit darüber hat ſich bis in die neueſte Zeit fortgeſetzt.

(g) Man könnte die Sache ſo denken, als ob nicht eben Getreidezinſen für das entbehrte Getreide, wohl aber Geldzinſen für den Kaufpreis des Getreides gefordert werden könnten. Allein dieſe Anſicht würde wiederum nicht den Quantitäten eigenthümlich ſeyn, ſondern auch auf alle andere Sachen angewendet werden können, und ſie iſt im Allgemeinen durchaus zu verwerfen, wie unten gezeigt werden wird.

Bevor eine Antwort auf diese Frage versucht werden kann, ist für den Fall, daß in der That Prozeßzinsen anzunehmen seyn möchten (also hypothetisch), das Verhältniß derselben zu den Verzugszinsen festzustellen. Wenn nämlich vor dem Anfang eines Rechtsstreits ein Anspruch auf Verzugszinsen entstanden ist, so gehen diese während des ganzen Rechtsstreits fort, und es kann daneben von Prozeßzinsen nicht die Rede seyn, indem diese von den früher entstandenen Verzugszinsen absorbirt werden. Daher kann von Prozeßzinsen überhaupt nur in solchen Fällen die Frage entstehen, in welchen entweder eine Mora für die eingeklagte Geldschuld (als Bedingung der Verzugszinsen) gar nicht vorhanden ist, oder bei vorhandener Mora dennoch keine Verzugszinsen gefordert werden können.

Der letzte Fall trat entschieden ein bei den strengen Klagen des R. R. Da hier Verzugszinsen auch bei vorhandener Mora nicht gefordert werden konnten (§ 269), so war für die Entstehung von Prozeßzinsen allerdings die Möglichkeit vorhanden. — Der erste Fall (der Mangel der Mora selbst) kann verschiedene Gründe haben. Er kann darin gegründet seyn, daß die Forderung an sich zweifelhaft, oder in ihrem Umfang ungewiß (illiquid) ist (a). Ferner darin, daß eine Mahnung an den Schuldner überhaupt nicht ergangen ist, oder nicht für einen bestimmten Zeitpunkt bewiesen werden kann. Oft ist auch die Zwischen-

(a) *L.* 24 *pr.*, *L.* 21. 47. 3 *pr. de us.* (22. 1), *L.* 42. 63 *de R. J.* (50. 17).

zeit zwiſchen der Mahnung und dem Anfang des Rechtsſtreits zu unbedeutend als daß es der Mühe lohnte, den Beweis der Mahnung zur Begründung früherer Verzugszinſen zu unternehmen. — In allen dieſen Fällen iſt für den Anſpruch auf Prozeßzinſen hinlänglicher Raum vorhanden, und die Erfahrung zeigt es auch, daß von ihnen ſogar noch häufiger als von Verzugszinſen die Rede iſt.

Die Hauptfrage aber iſt die, ob überhaupt Prozeßzinſen gefordert werden können. Ich habe kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen, und zwar ſelbſt für das ältere R. R. ohne Unterſchied der ſtrengen und der freien Klagen. Die folgende Unterſuchung wird zuerſt das Princip feſtzuſtellen, dann die Anwendung auf die wichtigſten einzelnen Klagen zu machen haben.

I. Princip der Prozeßzinſen.

Dieſes wird im Allgemeinen anerkannt durch die ſchon oben angeführte Stelle, welche geradezu ausſpricht, daß Zinſen die juriſtiſche Natur der Früchte an ſich tragen (b). Der Text derſelben muß hier vollſtändig angegeben und erklärt werden:

„*Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari.* Et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in ceteris

(b) *L.* 34 *de usur.* (22. 1) aus Ulpian. lib. XV. ad Ed., vgl. oben § 265. b. Der ſcheinbare Widerſpruch, der aus *L.* 121 *de V. S.* (50. 16) hergenommen werden könnte, iſt ſchon oben §. 265. a. b. beſeitigt worden.

judiciis bonae fidei servatur. Hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus."

Daß dieſe wichtige Stelle gerade auf die hier vorliegende Frage wegen der Verpflichtungen des Beklagten im Prozeß bezogen werden muß, wird unzweifelhaft durch die Inſcription der Stelle, wodurch dieſelbe in Verbindung tritt mit einer ſehr ausführlichen Stelle Ulpians, nach welcher der Beklagte bei der Erbſchaftsklage Früchte und Zinſen herausgeben muß (c). — Daß in dem zweiten Satz der angeführten Stelle die b. f. actiones erwähnt werden, könnte den Gedanken veranlaſſen, als ſollte nach dem arg. a contrario für die ſtrengen Klagen das Gegentheil behauptet werden. Dazu iſt indeſſen kein Grund vorhanden, vielmehr ſcheint dieſe Erwähnung blos eine beiläufige Hindeutung auf die bei den b. f. actiones allein geltenden Verzugszinſen (verſchieden von den Prozeßzinſen) zu enthalten. Umgekehrt könnte man in dem Schlußſatz die *ceterae* obventiones auf die str. j. actiones beziehen wollen, für welche dann die Anwendbarkeit der Prozeßzinſen durch unſre Stelle unmittelbar bewieſen wäre. Allein auch dieſe Erklärung muß verworfen werden; obventio heißt das aus einer Sache Aufkommende, und die *ceterae* obventiones ſind alſo andere Arten von Nutzungen, welche eben ſowohl als die Zinſen unter den allgemeinen Begriff der fructus bezogen werden ſollen.

(c) *L.* 20 *de her. pet.* (5. 3) Von dieſer Stelle wird unten bei der Anwendung auf einzelne Klagen Gebrauch gemacht werden.

Sind nun nach dieſem Zeugniß die Zinſen eine Art von Früchten, und ſteht es nach anderen, oben angeführten Stellen, feſt, daß der Beklagte von der L. C. an alle Früchte erſetzen muß, ohne Unterſchied der freien und ſtrengen Klagen (d), ſo folgt aus dieſer Combination unwiderſprechlich, daß der Beklagte von der L. C. an bei allen Arten von Klagen Zinſen zahlen muß. — Damit ſind alſo die Prozeßzinſen als ſolche erwieſen, verſchieden von den Verzugszinſen, indem die L. C. eine Mora in der That nicht erzeugt (§ 264), aber mit den Verzugszinſen gleichartig und auf demſelben Boden ruhend, nämlich eben ſo wie ſie aus der allgemeinen Rechtsregel entſpringend, nach welcher die Entſchädigung für jede widerrechtlich entbehrte Geldſumme in der Zahlung landüblicher Zinſen für dieſe Summe beſteht (§ 269).

Auch noch folgende Stelle iſt häufig als eine Anerkennung unſres Princips behandelt worden:

„Lite contestata usurae *currunt*“ (e).

Dieſe Stelle läßt jedoch zwei verſchiedene gleich berechtigte Auslegungen zu, und kann wegen dieſer Zweideutigkeit nicht als Beweis benutzt werden. Das currunt kann nämlich erſtens heißen: currere *incipiunt* (f); dann enthält die Stelle in der That den Ausſpruch unſres

(d) S. o. § 266 die Noten o bis s.

(e) *L.* 35 *de usur.* (22. 1).

(f) Für dieſe Bedeutung ſind Parallelſtellen *L.* 40 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 7 § 7 *de administr.* (26. 7). Beide Bedeutungen ſind richtig nachgewieſen von Huber praelect. in Pand. XXII. 1. § 17.

Princips. Es kann aber auch heißen: currere *pergunt* (g), d. h. die Zinſen werden durch die L. C. nicht unterbrochen, nicht gehindert; dann hat die Stelle keine Verbindung mit unſrem Princip, ſie enthält vielmehr den ganz anderen, ohnehin unzweifelhaften Satz, daß die in der Klage auf ein Kapital vollzogene L. C. nicht die Wirkung einer Conſumtion auf die Zinſenforderung ausübt. Beide Erklärungen ſind an ſich zuläſſig; jedoch erhält die zweite eine größere Wahrſcheinlichkeit durch folgende Parallelſtelle, welche durch die Inſcription mit der unſrigen zuſammenhängt:

„Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, *usurae non currunt*“ (h).

Hält man beide Stellen zuſammen, ſo ergeben ſie folgenden Sinn. Die wahre Novation (d. h. die Stipulation außer dem Prozeß) zerſtört unter andern auch den Zinſenlauf. Die L. C., obgleich auch ſie in manchen Fällen als Novation bezeichnet wird, zerſtört den Zinſenlauf nicht (i).

Könnte nun nach dieſen allgemeinen Gründen die Wahrheit des Princips noch irgend zweifelhaft bleiben, ſo würde doch jeder Zweifel durch die unten folgenden Anwendungen auf einzelne Klagen gehoben werden, worin das Princip ſelbſt deutlich anerkannt iſt, und dieſe Anwendungen

(g) Parallelſtelle für dieſe Bedeutung: das non currunt in *L.* 18 *de nov.* (46. 2).

(h) *L.* 18 *de nov.* (46. 2). Beide Stellen ſind genommen aus Paulus lib. LVII, ad Ed.

(i) Dieſe Erklärung findet ſich bei Madai Mora S. 369—371, Wächter III. S. 24, wo nur etwas zu excluſiv die Richtigkeit derſelben behauptet wird, da die erſte Erklärung an ſich auch nicht verwerflich iſt.

würden die Wahrheit des Princips beweiſen, auch wenn es in keiner Stelle allgemein ausgeſprochen wäre.

Bevor aber dieſe einzelnen Anwendungen dargeſtellt werden, müſſen noch an das Princip ſelbſt einige Folgerungen und nähere Beſtimmungen angeknüpft werden.

1. Prozeßzinſen können nur gefordert werden, wenn der Rechtsſtreit Geld, nicht wenn er andere Quantitäten, z. B. Getreide, zum Gegenſtand hat. Alle Gründe, die für dieſen Satz ſchon oben (§ 269) bei den Verzugszinſen ausgeführt worden ſind, finden völlig gleiche Anwendung auch auf die Prozeßzinſen (k).

Hier muß aber noch eine beſondere Wendung näher erwogen werden, wodurch man verſuchen könnte, die größere Ausdehnung der Prozeßzinſen, nicht blos auf andere Quantitäten, ſondern ſogar auf alle Sachen überhaupt, zu retten.

Man könnte nämlich nicht ohne einigen Schein folgende Betrachtung anſtellen. Wenn der Kläger die Sache zur Zeit der L. C. erhalten hätte, ſo konnte er ſie verkaufen und aus dem erlöſten Gelde Zinſen ziehen. Da er dieſen Vortheil entbehrt hat, ſo muß ihm derſelbe durch Zinszahlung erſetzt werden. — Allein es kommt hier zunächſt auf die Stellung und Verpflichtung des Beklagten an. Wollte man ihm den Erſatz dieſer Zinſen aufbürden, ſo

(k) Damit iſt denn auch der Beweis geführt, daß die *L.* 23 *C. de usur.* (§ 268. o) durchaus nicht von Prozeßzinſen verſtanden werden darf, eben ſo wenig als von Verzugszinſen (§ 269. f).

könnte dieſes nur unter der Vorausſetzung geſchehen, daß man darauf das Princip der verſäumten Früchte (§ 265. 266) anwendete, d. h. daß man ihm den unterlaſſenen Verkauf als eine Culpa anrechnete. Dieſes iſt aber deswegen unmöglich, weil er ſelbſt bei den ſtrengen Klagen das Recht hat, ſich auch während des Rechtsſtreits durch Naturalreſtitution von jedem weiteren Anſpruch wegen der Sache ſelbſt zu befreien (§ 261). — Die richtige Anſicht der Sache iſt in folgender Entſcheidung eines einzelnen Falles ausgeſprochen. Wenn Gefäße von Gold oder Silber durch Fideicommiß hinterlaſſen werden, und der Erbe mit der Entrichtung in Mora iſt, ſo braucht er doch nur dann Zinſen zu zahlen, wenn der Erblaſſer die Geräthe zum Verkauf beſtimmt hatte, außerdem nicht; alſo nur dann, wenn eigentlich ein Geldfideicommiß gemeint war, welches nur durch den Verkauf jener Gefäße zur Ausführung gebracht werden ſollte (l).

2. Sehr verbreitet iſt die Meinung, daß Prozeßzinſen zwar bei freien, aber nicht bei ſtrengen Klagen gefordert werden könnten. Dieſe Meinung hat vielen Schein durch die ganz unzweideutige Vorſchrift, nach welcher mit der condictio indebiti lediglich das irrig gezahlte Geld ſelbſt, durchaus keine Zinſen deſſelben, gefordert werden können (m).

(l) *L.* 3 § 4 *de usur.* (22. 1). — In *L.* 51 § 1 *de her. pet.* (5. 3), aus der man noch einen Zweifel hernehmen könnte, iſt offenbar vorausgeſetzt, daß der Erbe die vor der L. C. gewonnenen Früchte verkauft, alſo in baares Geld, welches er nun ſchuldig iſt, verwandelt hat. S. u. § 271. c.

(m) *L.* 1 *C. de cond. ind.*

In dieſer unbedingten Verneinung liegt dreierlei: es können keine Zinſen gefordert werden von der irrigen Zahlung an, aber auch nicht von der Mora, und endlich auch nicht von der L. C. an, welcher letzte Satz unmittelbar hierher gehört. Dabei liegt es nun ſehr nahe, dieſe Entſcheidung daraus abzuleiten, daß jene Klage eine Condiction war, alſo eben darin einen Ausdruck der Regel zu finden, nach welcher bei allen Condictionen keine Prozeßzinſen gefordert werden könnten. Dennoch iſt dieſe Annahme ohne Grund, und die Sache hat vielmehr folgenden Zuſammenhang.

Wenn baares Geld aus einem Darlehn, oder einer Stipulation, oder einem gezahlten Indebitum gefordert wurde, ſo konnte Dieſes nicht anders geſchehen als vermittelſt einer certi condictio. Die beſondere Natur dieſer Klage führte es mit ſich, daß die beſtimmte Geldſumme in der Intentio und Condemnatio übereinſtimmend angegeben werden mußte, und dieſe unabänderliche Anweiſung an den Judex ſchloß jede zuſätzliche Erhöhung der Summe in dem Urtheil, alſo auch jede zuſätzliche Rückſicht auf Zinſen, gänzlich aus.

Wenn dagegen eine Stipulation zwar auch Geld zum Gegenſtand hatte, aber die Geldſumme ſelbſt nicht ausſprach, ſondern von einem außer ihr liegenden Umſtand abhängig machte (n), ſo war zwar auch eine ſtrenge Klage, eine

(4. 4) „... Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras: actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.“

(n) z. B. quanti fundus Cornelianus est, dare spondes?

Condiction, begründet, aber dieſe konnte nur eine incertae pecuniae Condemnatio haben (o), und darin lag kein Hinderniß für den Judex, die oben entwickelte allgemeine Regel der Prozeßzinſen zur Anwendung zu bringen.

Demnach war es ſelbſt bei den Römern nicht die Natur der ſtrengen Klagen an ſich, welche die Verurtheilung auf Prozeßzinſen ausſchloß, ſondern lediglich die beſondere Natur der certi condictio, da wo dieſe zur Anwendung kam, und wir müſſen daher behaupten, daß die Prozeßzinſen auch bei den ſtrengen Klagen (nur mit Ausnahme jeder certi condictio) zur Anwendung kamen (p). Inconſequent aber war es, daß Juſtinian bei der condictio indebiti den unbedingten alten Grundſatz aufnahm, obgleich zu ſeiner Zeit alle Formeln längſt verſchwunden waren.

3. Endlich iſt unter Denen, die überhaupt Prozeßzinſen zulaſſen, die Frage ſtreitig geworden, ob dieſelben blos bei liquiden, oder auch bei illiquiden eingeklagten Geldſummen anzuwenden ſeyen (q). Soll die Sache irgend einen prac-

(o) Gajus IV. § 49—51. Die Formel ging nun auf quanti res est, oder quidquid dari fieri oportet.

(p) Die Meinungen ſind über dieſe Frage von jeher ſehr getheilt geweſen. Verneint werden die Prozeßzinſen bei allen strieti juris actiones von Noodt de foenore et us. III. 12, Winckler p. 345, Madai Mora S. 369, Liebe Stipulation S. 52; dagegen werden ſie zugelaſſen von den Gloſſatoren Martinus und Jacobus (Haenel diss. dominorum § 56 p. 42), Huber, praelect. in pand. XXII. 1 § 17, Keller § 21 Note 2 und 10. — Ich ſelbſt hatte früher die erſte Meinung angenommen (B. 5 S. 141. 142. 465), welche ich jetzt zurücknehme.

(q) Für die einſchränkende Meinung iſt Cannegiesser decis. Cassell. T. 1 Dec. 56 No. 6, indem er erſt von der feſtgeſtellten

tiſchen Werth haben, ſo darf ein ſolcher Unterſchied nicht gemacht werden, vielmehr müſſen auch bei illiquiden Summen Zinſen gezahlt werden. Damit geſchieht dem Beklagten kein Unrecht, weil ja dieſe ganze Zinszahlung auf der Vorausſetzung beruht, daß Geld überhaupt nicht müßig aufbewahrt, ſondern ſtets in irgend einer Form zu einem Ertrag benutzt wird. Wollte man aber jenen Unterſchied zulaſſen, ſo würde es niemals dem Beklagten ſchwer fallen, unabhängig von der Beſtreitung des Anſpruchs ſelbſt, in die Höhe deſſelben irgend einen Zweifel zu bringen, und dadurch das ganze Princip der Prozeßzinſen in der Anwendung zu vereiteln.

§. 271.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — a. Erweiterungen. (Prozeßzinſen. Fortſetzung.)

II. Anwendung der Prozeßzinſen auf die wichtigſten einzelnen Klagen.

Die Zeugniſſe hierüber ſind im R. R. ſeltener als man bei der practiſchen Wichtigkeit des Gegenſtandes erwarten möchte. Allein die wirklich vorhandenen ſind ſehr entſcheidend, und es fehlt nicht an Erklärungsgründen, weshalb bei vielen Klagen ſolche Zeugniſſe nicht vorkommen,

Liquidität an Zinſen zuläßt. Dabei ſcheint der unrichtige Gedanke einer Strafe zum Grunde zu liegen, die den Beklagten nicht treffen dürfe, ſo lange eine Ungewißheit vorhanden ſey. Für die unbeſchränkte Zulaſſung iſt Hommel rhaps. Obs. 234.

ſo daß jene Seltenheit an der Wahrheit des Princips keinen Zweifel erregen darf.

1. Bei der Eigenthumsklage auf beſtimmte Geldſtücke kann das Princip gewiß nicht zur Anwendung kommen. Sollte es angewendet werden, ſo müßte dabei die Zumuthung an den Beklagten zum Grunde liegen, das vindicirte Geld zu veräußern um es zinsbar zu benutzen; aber gerade die Veräußerung und Verzehrung der vindicirten Sache iſt dem Beklagten durchaus unterſagt (§ 264. p. q. r.). Der Unterſchied von der perſönlichen Schuldklage auf eine Geldſumme liegt alſo darin, daß durch dieſe dem Beklagten ſein eigenes Geld abgefordert wird, deſſen Veräußerung und zinsbare Benutzung ihm nicht unterſagt iſt (a).

2. Bei der Erbſchaftsklage verhält es ſich ganz anders, und gerade hier finden ſich die vollſtändigſten Zeugniſſe für die Anwendung unſres Princips. Zwar iſt auch dieſe Klage in rem, ſo gut als die Eigenthumsklage, allein ſie bezieht ſich nicht ſo wie dieſe auf eine beſtimmte einzelne Sache, ſondern auf eine Vermögensmaſſe, und umfaßt alſo nothwendig auch viele Gegen-

(a) Dieſe Eigenthümlichkeit der Vindication in Beziehung auf die Prozeßzinſen iſt richtig bemerkt von Buchka Einfluß des Prozeſſes S. 265. — Man möchte Daſſelbe erwarten bei der (perſönlichen) actio depositi, da auch hier beſtimmte Geldſtücke gefordert werden, und deren Veräußerung gleichfalls rechtswidrig iſt. Allein hier ſind meiſt die Prozeßzinſen durch die Mora abſorbirt, die oft ſchon vor dem Rechtsſtreit eintritt, ſpäteſtens aber mit der Inſinuation der Klage, alſo in beiden Fällen vor der L. C. (Vgl. unten Note h).

ſtände, die für ſich betrachtet eine obligatoriſche Natur haben. — Bei dieſer Klage finden ſich folgende einzelne Beſtimmungen über Prozeßzinſen.

a) Der Beſitzer zahlt, von der L. C. an, Zinſen desjenigen Geldes, welches er vor der L. C. aus verkauften Erbſchaftsſachen gelöſt hat, und das dadurch Beſtandtheil der Erbſchaftsmaſſe geworden iſt (b). Unter dieſe verkaufte Erbſchaftsſachen gehören natürlich auch die Naturalfrüchte, die er bezogen und dann veräußert hat (c); eben ſo ohne Zweifel auch das eingenommene Mieth- und Pachtgeld.

Hierin nun ſind unverkennbar reine Prozeßzinſen enthalten, welches ſich auch darin zeigt, daß das Princip der verſäumten Früchte darauf angewendet wird. Wenn nämlich der Beklagte das bedungene Kaufgeld einzutreiben unterläßt, ſo muß er dennoch auch davon Zinſen zahlen (d). — Gegen den unredlichen Beſitzer hat der Kläger die Wahl, ob er, ſo wie gegen den redlichen, das erlöſte Kaufgeld mit Zinſen, oder aber den wahren Werth der Sache mit

(b) *L.* 1 § 1 *C, de her. pet.* (3. 31) „usuras pretii rerum ante L. C. venditarum, *ex die contestationis* computandas, omnimodo reddere compellantur.“ — Damit ſtimmt überein *L.* 20 § 11 *de her. pet.* (5. 3), nur daß hier, wie oben bemerkt, die denuntiatio anſtatt der L. C. erwähnt wird. Die in *L.* 20 § 6 *eod.* verneinte Zinsverpflichtung iſt von den vor dem Rechtsſtreit durch den redlichen Beſitzer erhobenen Zinſen zu verſtehen.

(c) Darauf geht *L.* 51 § 1 *de her. pet.* (5. 3), wobei nur hinzugedacht werden muß, daß die vor der L. C. gewonnenen Früchte verkauft worden ſind, ſ. o. § 270. l. —

(d) *L.* 20 § 15 *de her. ped.* (5. 3).

Einrechnung der möglichen Früchte derſelben, fordern will (e). Das will ſagen, er kann den geſchloſſenen Verkauf mit ſeinen Folgen anerkennen oder nicht, je nachdem ihm das Eine oder das Andere vortheilhafter dünkt.

(b) Das Geld, wovon der Beklagte nach der eben aufgeſtellten Regel Zinſen zahlen ſoll, war von ihm ſelbſt in die Erbſchaftsmaſſe gebracht worden. Es fragt ſich aber, ob er auch von dem in der Erbſchaft vorgefundenen baaren Geld Zinſen zu zahlen hat. Nach allgemeiner Betrachtung müſſen wir geneigt ſeyn, dieſes ganz nach derſelben Regel, wie das vorher erwähnte, zu behandeln. Er iſt Verwalter eines möglicherweiſe fremden Vermögens, und hat daher deſſen Beſtandtheile, je nach ihrer Art, als guter Hausvater zu behandeln. Ein ſolcher aber wird nicht Geldſummen müßig liegen laſſen. Wenn alſo z. B. der Verſtorbene kurz vor ſeinem Tode ein zinsbares Capital eincaſſirt, und nicht Zeit genug gehabt hat, es wieder auszuleihen, ſo dürfte der Beſitzer ſchwerlich zu rechtfertigen ſeyn, der es während des ganzen Rechtsſtreits unbenutzt liegen laſſen wollte.

Dennoch ſcheint ganz unerwartet Papinian in folgender von Ulpian angeführten Stelle ſagen zu wollen, daß der Beſitzer der Erbſchaft von allem vorgefundenen baaren Geld niemals Zinſen zu zahlen habe:

„Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate

(e) *L.* 20 § 12. 16, *L.* 36 § 3 *de her. pet.* (5. 3).

non attingat, *negat eum omnino in usuras conveniendum.*“ (f).

Glücklicherweiſe haben wir aber aus demſelben Werke des Papinian, welches hier von Ulpian angeführt wird, eine Stelle, welche dazu dient, den aufgeſtellten Grundſatz nicht nur gegen dieſen ſcheinbaren Widerſpruch des Papinian zu retten, ſondern zugleich durch eine nothwendige nähere Beſtimmung vollſtändiger auszubilden:

„de pecunia *deposita*, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur“ (g).

In beiden Stellen iſt die Rede von einer pecunia *quam non attingit*, nur wird in der erſten, als der nicht Berührende, der possessor hereditatis genannt, in der zweiten der heres, und dieſer Ausdruck, verbunden mit der Erwähnung der pecunia *deposita*, führt zunächſt dahin, die Stelle von einer actio depositi gegen den wahren Erben des Depoſitars zu erklären. Dennoch glaube ich dieſe Erklärung ſchlechthin verwerfen zu müſſen. Die ganze Stelle, woraus dieſes kleine Stück genommen iſt, ſpricht von dem Beklagten in einer Vindication, und mit dieſem kann wohl der Beklagte in einer Erbſchaftsklage, aber nicht der Beklagte in einer actio depositi, zuſammen geſtellt werden. Daher halte ich folgende Erklärung für richtiger (h).

(f) *L.* 20 § 14 *de her. pet.* (5. 3).

(g) *L.* 62 *pr. de rei vind.* (6. 1) aus Papinianus lib. VI. Quaestionum.

(h) Ich will jedoch nicht verſchweigen, daß auch noch eine andere Erklärung der Stelle juriſtiſch möglich iſt. Es kann allerdings die Rede ſeyn von dem

Heres ſteht hier für possessor hereditatis, wodurch beide Stellen auf einen und denſelben Fall bezogen werden. Pecunia *deposita* heißt eine Geldſumme, welche der Verſtorbene dazu beſtimmt hatte, nicht in der Haushaltung verbraucht, auch nicht ausgeliehen, ſondern vielmehr als ein Nothpfennig baar aufbewahrt zu werden, welcher Fall anderwärts genau angegeben und mit dem ganz verwandten Ausdruck: pecunia praesidii causa *reposita* (oder auch *seposita*) bezeichnet wird (i). Solches Geld

Erben eines Depoſitars, gegen welchen die actio depositi angeſtellt wird. Nur müſſen dann folgende Vorausſetzungen hineingetragen werden: 1. daß nicht ſchon der Verſtorbene in Mora war, denn ſonſt würde die Mora (mit der Zinſenverpflichtung) auf den Erben übergegangen ſeyn, ohne daß dieſen das Nichtberühren des Geldes ſchützen könnte (*L.* 87 § 1 *in f. de leg.* 2); 2. daß auch er ſelbſt, nicht durch Mahnung in Mora verſetzt war, aus demſelben Grunde. Dieſes letzte ließe ſich allerdings ſo denken, daß der Erbe Nichts von dem Depoſitum gewußt hätte, welches die Mora abwendet (*L.* 42 *de R. J.*), und daß er doch zugleich aus Gewiſſenhaftigkeit erklärte, er wolle das Geld einſtweilen unberührt laſſen, wodurch dieſer Fall dem des vindicirten Geldes ähnlich würde (Note a). — Daß nun aber bei dieſer Erklärung ſo Vieles hinzugedacht werden muß, wenn der Ausſpruch nicht durch andere unzweifelhafte Rechtsregeln widerlegt werden ſoll, macht dieſe Erklärung ſehr bedenklich, und giebt der erſten den Vorzug, welche ohnehin durch die wörtliche Ähnlichkeit beider Stellen unterſtützt wird.

(i) *L.* 79 § 1 *de leg.* 3 (32) „His verbis: *quae ibi mobilia mea erunt do lego*, nummos ibi *repositos ut mutui darentur*, non esse legatos Proculus ait: at eos, quos *praesidii causa repositos* habet, ut quidam bellis civilibus factitassent eos legato contineri: Et audisse se rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod praesidii causa seponeretur.“ — Dieſe Erklärung iſt ſchon angegeben von Glück B. 8 S. 297. 298. Zur Unterſtützung derſelben kann noch folgende Bemerkung dienen. Die von Papinian an zwei Orten erwähnte *pecunia* inventa (deposita) in hereditate quam heres (possessor hereditatis) *non attingit* hat offen-

ſoll auch der Beſitzer der Erbſchaft fernerhin unberührt aufbewahren dürfen, ohne dafür Zinſen zu bezahlen, indem er nur die von dem Erblaſſer angefangene Behandlungsweiſe dieſes Geldes fortſetzt. — Erklärt man nun die von Ulpian referirte Äußerung des Papinian von dieſem ganz beſonderen Fall, wofür die ähnlichen Ausdrücke (das non attingit) ſehr deutlich ſprechen, ſo iſt der oben aufgeſtellte Grundſatz gegen jeden Widerſpruch gerettet: denn es wird Niemand zweifeln, daß ein ſolches Verfahren ganz in den Gränzen verſtändiger Vermögensverwaltung liegt, und die Freiſprechung von Prozeßzinſen gründet ſich alsdann darauf, daß der erwähnte Nothpfennig überhaupt gar nicht als baares, zum Umlauf beſtimmtes, Geld in Betracht kommt.

3. Bei der Klage auf Legate oder Fideicommiſſe, die in baarem Gelde beſtehen, ſind Zinſen eben ſo wie andere Früchte von der Zeit der L. C. an zu entrichten (k), und darin liegt eine entſchiedene Anerkennung des Princips der Prozeßzinſen. Indeſſen muß dabei ſtets die Vorausſetzung hinzugedacht werden, daß aus zufälligen Gründen

bar das Anſehen einer ſprüchwörtlich erzählten Curioſität, ſo wie Gajus III. § 196 „quod veteres scripserunt de eo qui in aciem perduxisset,“ und Gajus III, § 202 „et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum.“ Dieſes paßt nun ſehr gut zu dem von Procu-lus erwähnten ſingulären Fall der praesidii causa nummi repositi.

(k) *L.* 1. 2 *C. de usur. et fruct.* (6. 47). — Für die Früchte allein (ohne Erwähnung der Zinſen) wird die L. C. als Anfangspunkt bezeichnet in *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2), *L.* 4 *C. de usur. et fruct.* (6. 47).

nicht etwa ſchon früher eine Mora begründet war, da die Prozeßzinſen überall durch die Verzugszinſen abſorbirt werden.

Daß nämlich bei Legaten und Fideicommiſſen die Mora an ſich, vor allem Rechtsſtreit, die Forderung von Verzugszinſen begründet, eben ſo wie von allen anderen Früchten, iſt unzweifelhaft. Anfangs galt dieſes blos bei Fideicommiſſen, ſpäter auch bei dem legatum sinendi modo, zuletzt eben ſo bei dem damnationis und vindicationis legatum (l).

Die Stellen nun, welche bald die Mora, bald die L. C. als Anfangspunkt einer ſolchen Verpflichtung erwähnen, ſind nicht ſo zu verſtehen, als ob über dieſen Gegenſatz entweder Streit, oder eine Verſchiedenheit des älteren und neueren Rechts, beſtanden hätte; vielmehr war die Mora allgemeine Regel, und die L. C. trat oft nachhelfend ein, da wo im einzelnen Fall die Bedingungen der Mora fehlten (§ 264. g). Ganz beſonders aber ſollten beide Ausdrücke, ohne unter ſich einen wahren Gegenſatz zu bilden, vielmehr den gemeinſamen Gegenſatz feſtſtellen gegen die auch wohl denkbare Meinung, nach welcher Früchte und Zinſen von der Zeit des Todes an zu rechnen ge-

(l) Gajus II. § 280 (Fideicommiß und leg. sinendi modo), *L.* 51 *pr. fam. herc.* (10. 2 Vindicationslegat), *L.* 91 § 7 *de leg.* 1 (30. Damnationslegat), *L.* 3 *pr. de usuris* (22. 1. Fideicommiß), *L.* 39 § 1 *de leg.* 1 (30. unbeſtimmt), *L.* 4 *C. de us. et fruct.* (6. 47. Fideicommiß, leg. damn. und vind. zugleich, ſ. u. Note m).

weſen wären. Dieſe Meinung ſollte durch alle jene Stellen vorzugsweiſe zurück gewieſen werden (m).

4. Bei den perſönlichen Klagen endlich werden die Prozeßzinſen zufällig gar nicht erwähnt: die Gründe dieſer Erſcheinung ſind ſchon oben angedeutet worden. Bei den freien Klagen nämlich wurden die Prozeßzinſen oft durch die vorhergehende Mora abſorbirt, und konnten alſo nur in ſolchen Fällen zur Anwendung kommen, worin die Mora zufällig fehlte. Bei den ſtrengen Klagen aber waren die Prozeßzinſen gerade für die wichtigſte Art derſelben, die certi condictio, ausgeſchloſſen, und daher auf den engeren Kreis der übrigen Condictionen beſchränkt.

In der ſchwierigen Lehre von den Prozeßzinſen würden noch immer manche Zweifel zurück bleiben können, wenn nicht eine dem älteren R. R. angehörende Frage, die mit manchen Stellen des Juſtinianiſchen Rechts in Verbindung ſteht, unterſucht und beantwortet wird. Es iſt nämlich oben bemerkt worden, daß die L. C. bei allen Klagen eine Conſumtion des Klagerechts, bei manchen perſönlichen Klagen auch eine Novation der zum Grunde liegenden Obligation zur Folge hatte: die Novation jedoch mit weit beſchränkteren Wirkungen als die, welche aus einer gewöhnlichen, nichtprozeſſualiſchen, Novation entſprangen (§ 258).

(m) *L.* 4 *C. de us. et fruct.* (6. 47) „In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem *non ex die mortis* consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.“

Die Frage ist nun die: wirkte die Consumtion und die Novation auf eine Zinsenforderung?

Dabei müssen die oben dargestellten Gattungen der Zinsen genau unterschieden werden.

A. Viele derselben hatten gar keinen selbstständigen Rechtsgrund, indem sie nur entweder ein Stück einer anderen Obligation bildeten (wie das Pactum auf Zinsen neben einem b. f. contractus), oder überhaupt nicht auf einer eigentlichen Obligation, sondern nur auf dem officium judicis beruhten (wie die Verzugszinsen und die Prozeßzinsen).

Bei diesen hat die Sache keinen Zweifel. Die Anstellung der Hauptklage consumirte gewiß die Zinsenforderung, so das niemals späterhin eine neue Klage auf solche Zinsen angestellt werden konnte.

Eine Novation konnte für diese Zinsenforderungen nicht eintreten, weil sie überhaupt nicht auf einer vorhergehenden Obligation, wenigstens nicht auf einer selbstständigen, beruhten.

B. Andere dagegen hatten einen selbstständigen Entstehungsgrund, wohin namentlich die auf einer Stipulation beruhenden Zinsen (neben Darlehn, oder Stipulation, als Hauptobligation) gehörten.

Hier ist vor Allem die oben durchgeführte Regel in Erinnerung zu bringen, daß in diesen Fällen niemals mit Einer Klage auf Kapital und Zinsen geklagt werden konnte, sondern stets mit zwei verschiedenen Klagen, einer certi und

einer incerti condictio. War die Hauptobligation ein b. f. contractus, ſo waren es gleichfalls zwei verſchiedene Klagen: die b. f. actio und die incerti condictio.

Wenn nun auf das Kapital geklagt wurde, ſo konnte dieſe Klage die völlig verſchiedene Zinſenklage nicht conſumiren, d. h. dieſe war durch die Kapitalklage nicht in judicium deducirt.

Die in der L. C. der Hauptklage liegende Novation konnte die bereits fällig gewordenen Zinspoſten gewiß nicht tilgen, da dieſe ja ſelbſt durch baare Zahlung des Kapitals nicht getilgt worden wären. Eine andere, und zwar beſtrittene Frage aber iſt es, ob durch die Novation der Hauptklage die Entſtehung neuer Zinſen, alſo namentlich für die ganze Zeit des dauernden Rechtsſtreits, unmöglich gemacht wurde. Man könnte dieſes mit einigem Schein behaupten, weil ja die Zinsobligation eine acceſſoriſche Natur hat; iſt nun die Kapitalforderung durch Novation getilgt, ſo ſcheint dadurch auch der acceſſoriſche Zinſenlauf für die Folge vernichtet zu ſeyn. Indeſſen muß aus folgendem Grunde das Gegentheil behauptet werden.

Es giebt außer den Zinſen auch noch manche andere Acceſſionen einer Obligation: namentlich Pfänder und Bürgſchaften. Alle dieſe Acceſſionen gehen durch eine eigentliche, vertragsmäßige Novation, eben ſo wie durch baare Zahlung, wirklich unter. Wollte man nun dieſelbe Wirkung auch der in der L. C. liegenden Prozeß-Novation zuſchreiben, ſo würde durch die L. C. der Kläger in Nachtheil gerathen,

da dieſelbe doch dazu beſtimmt iſt, ihm Vortheil zu bringen. Daher gehen durch die L. C. die Acceſſionen nicht unter. Für das Pfand iſt dieſes ausdrücklich geſagt (n). Für die Zinſen (worauf allein es hier ankommt) ſoll es ſogleich durch ein Reſcript von Severus bewieſen werden. Nur bei den Bürgſchaften verhält es ſich anders, aber nicht wegen der Novation, ſondern aus einem ganz anderen, viel weiter greifenden Grunde, der auch bei ſolchen Klagen einwirkte, in welchen die L. C. nicht mit einer Novation verbunden war. Die Klage gegen den Bürgen hatte mit der Klage gegen den Hauptſchuldner eine und dieſelbe Intentio, war alſo mit ihr (wenn auch nicht in der Bezeichnung der Perſonen, doch objectiv) identiſch, und deswegen wurde durch die Hauptklage zugleich die Klage gegen den Bürgen in judicium deducirt und conſumirt. Dieſer Satz wird von Cicero bezeugt, und galt bis auf Juſtinian, der ihn ausdrücklich aufhob (o). Ein ähnlicher Grund trat bei den Zinſen nicht ein, deren Lauf daher durch die L. C. über die Hauptklage nicht unterbrochen wurde.

Wenn ferner auf die Zinſen geklagt wurde, ſo wurde damit die ganze Zinſenſtipulation in judicium deducirt und conſumirt, alſo ſowohl für die verfallenen als für die noch

(n) *L.* 11 *pr.* § 1 *de pign. act.* (13. 7), *L.* 13 § 4 *de pign.* (20. 1). Eben ſo iſt es mit dem privilegium dotis et tutelae. *L.* 29 *de nov.* (46. 2), wo zugleich der allgemeine Grund ausgeſprochen iſt.

(o) Cicero ad Att. XVI. 15. *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 41). Ausführlich und gründlich handelt von dieſem Satz Keller § 52, wo alle hierher gehörende Quellenzeugniſſe angeführt ſind.

künftig zu erwartenden Zinſen, weil beide auf einer und derſelben Stipulation beruhten, die als Obligation ein Ganzes bildete. Auf die verfallenen ſprach der Judex nun wirklich, auf die künftigen zu ſprechen hatte er gegenwärtig noch keinen Grund; da aber die Klage auf dieſelbe conſumirt war, ſo waren dieſe künftigen Zinſen für immer verloren. Um dieſe Gefahr zu vermeiden, mußte der Kläger eine Präſcription: cujus rei dies fuit ſeiner Klage hinzu fügen (p).

Dieſe Sätze mußten voran geſchickt werden, um die Erklärung der folgenden wichtigen Stelle vorzubereiten, die auf mancherlei Weiſe misverſtanden worden iſt:

„Judicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta; superest igitur, ut debitorem ejus temporis quod non est in judicium deductum convenire possis“ (q).

Der erſte Satz dieſer Stelle beſtätigt unmittelbar die ſo eben aufgeſtellte Behauptung, daß die Anſtellung der Kapitalklage keine Conſumtion und keine Novation für die Zinſenſtipulation bewirke, dieſe Stipulation alſo nicht zerſtöre. Der zweite Satz knüpft daran die Folgerung, daß auch nach angeſtellter Kapitalklage noch immer eine abgeſonderte Zinſenklage angeſtellt werden könne. Dieſes Letzte jedoch mit der Einſchränkung, wenn nicht etwa die Klage auf die jetzt fällig gewordenen Zinspoſten durch eine ſchon früher angeſtellte Zinſenklage conſumirt ſey. Eine ſolche

(p) Gajus IV. § 131.
(q) *L.* 1 *C. de jud.* (3. 1) von Severus und Antoninus.

Conſumtion aber war nicht vorhanden, ſowohl wenn noch gar nicht auf Zinſen geklagt worden war, als wenn bei einer früheren Zinſenklage die oben erklärte Präſcription angewendet war, um die Comſumtion der künftig eintretenden Zinspoſten abzuwenden (r).

Um die Lehre von den Prozeßzinſen ganz abzuſchließen, bleibt nur noch übrig, die Meinung neuerer Schriftſteller über den Zuſtand des heutigen Rechts in dieſer Lehre kurz anzugeben.

Neuerlich iſt von Mehreren die Zuläſſigkeit von Prozeßzinſen gänzlich verworfen worden, indem ſie dieſelben nicht ſowohl negirt, als ignorirt haben. Sie gehen nämlich davon aus, es gebe überhaupt, aus Veranlaſſung eines Rechtsſtreits, keine andere Zinſen als Verzugszinſen. Da nun (welches auch ich annehme) die L. C. keine Mora begründe, ſo könnten Prozeßzinſen, d. h. Zinſen die durch die

(r) Mayer Litiscontestation S. 35—38 behauptet, im Widerſpruch mit den hier aufgeſtellten Sätzen, die Kapitalklage habe durch die Novation der L. C. den ferneren Zinſenlauf zerſtört. Er verwechſelt dabei die Conſumtion und Novation, ſo wie er die zwei verſchiedenen Klagen auf Kapital und Zinſen nicht unterſcheidet, und ohne Grund einen practiſchen Unterſchied zwiſchen Pfändern und Zinſen behauptet, welche ſelbſtgemachte Schwierigkeit er dann nicht ohne Scharfſinn zu beſeitigen ſucht durch die Unterſcheidung alter und neuer Rechtsinſtitute. Sein Hauptbeweis liegt in *L.* 90 *de V. O.* (45. 1), welche für den Fall der poenae stipulatio (einer anderen Form als das Zinsgeſchäft, aber mit ähnlichem Zweck und Erfolg) ganz richtig daſſelbe behauptet, welches in *L.* 1 *C. de jud.* für die Zinſen geſagt iſt. Er ſieht darin eine verſteckte Anſpielung darauf, daß bei den Zinſen das Gegentheil gelte, trägt alſo ganz willkührlich ein argumentum a contrario in die Stelle hinein.

L. C. als ſolche begründet würden, niemals vorkommen. Insbeſondere ſeyen ſie bei den stricti juris Contracten ganz unmöglich, weil für dieſe überhaupt keine Verzugszinſen zugelaſſen würden (s). Das practiſch Wichtige in dieſer Meinung liegt nicht ſowohl darin, daß man den Namen der Prozeßzinſen nicht zulaſſen, ſondern nur von Verzugszinſen reden will, als vielmehr darin, daß in allen Fällen, in welchen die beſonderen Bedingungen einer Mora nicht vorhanden ſind, überhaupt gar keine Zinſen gelten ſollen.

Die hier vertheidigte Meinung dagegen hat zu allen Zeiten zahlreiche Anhänger gefunden. Eigentlich gehören dahin alle Schriftſteller, welche für das R. R. die Gültigkeit der Prozeßzinſen bei den ſtrengen Klagen behaupten (§ 270. p). Dieſe meinen damit in der That die allgemeine Gültigkeit der Prozeßzinſen überhaupt im gemeinen Recht, wie ſich denn namentlich Huber zur Unterſtützung ſeiner Meinung auf die heutige Praxis beruft. Außerdem aber haben ſich auch mehrere Andere von dem rein practiſchen Standpunkt aus für die Annahme von Prozeßzinſen als ſolchen erklärt (t).

Bei dem Oberappellationsgericht zu Lübeck, welches für die Praxis der Vier freien Städte Zeugniß giebt, werden

(s) Göſchen Vorleſungen B. 1. S. 478. — Madai Mora S. 369 bis 373. Wächter Heft 2 S. 54. 55, Heft 3 S. 24.

(t) Bayer Prozeß S. 233. 234. Linde Prozeß § 200 Note 5. Daß dieſe zugleich den Anfang von der Inſinuation berechnen, anſtatt von der L. C., ändert in dem Weſen der Sache Nichts. Von dieſer Veränderung des Anfangspunktes wird unten beſonders die Rede ſeyn.

Prozeßzinsen ganz allgemein angenommen, und zwar von der Insinuation der Klage an. In diesem Gerichtssprengel findet sich ein Fall, in welchem die eigenthümliche Natur der Prozeßzinsen, verschieden von den Verzugszinsen, besonders scharf hervortritt. In Hamburg werden (wenigstens nach der Meinung mancher Schriftsteller) Verzugszinsen zu Fünf, Prozeßzinsen zu Sechs Procent berechnet, so daß bei einer vor dem Anfang des Rechtsstreits wirklich vorhandenen Mora die Zinsen durch die Insinuation um Ein Procent steigen (u).

Der Revisions- und Cassationshof zu Berlin, welcher als Oberappellationsgericht für die vormals Nassauischen Landestheile nach gemeinem Recht und gemeinem Prozeß entscheidet, erkennt regelmäßig auf Prozeßzinsen von der Insinuation an (v). In den Gründen eines Urtheils vom J. 1832 wurde hier die eigenthümliche Natur der Prozeßzinsen, als verschieden von den etwa schon vorhergegangenen Verzugszinsen, bei einer besonderen Veranlassung ausdrücklich anerkannt.

Genau dieselbe Praxis findet sich auch bei der Juristenfacultät zu Berlin, die in ihrer Eigenschaft als Spruchcollegium gleichfalls für Länder, worin das gemeine Recht gilt, Recht zu sprechen hat (w).

(u) Ich verdanke diese Notiz einer schriftlichen Mittheilung meines Freundes Blume.

(v) Die Bezeichnung des Anfangs des Zinsenlaufs lautet verschieden: von der Insinuation, von der Zustellung der Klage, von der Klage an. Es ist überall die Insinuation gemeint.

(w) Auch hier kommen dieselben

Die Preußiſche Geſetzgebung ſchließt ſich ganz an die hier aufgeſtellten Regeln des gemeinen Rechts an, nur werden die Prozeßzinſen nicht wörtlich von den Verzugszinſen unterſchieden, ſondern bloß als ein einzelner Fall derſelben behandelt, der jedoch bei jeder Geldforderung ſtets eintreten ſoll, wenn nicht ſchon vorher zufällig Verzugszinſen laufend waren. Außergerichtlich nämlich entſteht der Verzug, und durch ihn eine Zinſenforderung, durch den Eintritt eines vorbeſtimmten Zahlungstages, oder wo ein ſolcher fehlt durch Interpellation (x). War nun ein ſolcher Verzug vor dem Rechtsſtreit nicht vorhanden, ſo entſteht derſelbe mindeſtens mit der Inſinuation der Klage, und von dieſer Zeit fängt dann auch der Zinſenlauf an (y).

§. 272.

Wirkung der Litis Conteſtation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b. Verminderungen.

Die Veränderungen in dem Gegenſtand eines Rechtsſtreits, durch deren Eintritt eine Einwirkung der L. C. auf das materielle Rechtsverhältniß nöthig werden kann, ſind theils Erweiterungen, theils Verminderungen (§ 264). Von dieſen letzten ſoll nunmehr gehandelt werden.

Varietäten vor, welche in der Note v erwähnt werden, jedoch mit überwiegender wörtlicher Erwähnung der Inſinuation, die ohnehin dem Sinn nach allgemein gedacht iſt.

(x) A. L. R. Th. 1 Tit. 16 § 15. 16. 20. 64. 67. 68, und Tit. 11 § 827—829.

(y) A. G. O. Th. 1 Tit. 7 § 48. d.

Auch bei ihnen kommt die oben dargestellte Verwandtschaft und Zusammenwirkung von drei an sich verschiedenen Rechtsbegriffen in Betracht: Mora, mala fides, und Litiscontestation, und es sind dadurch nicht blos unter den neueren Schriftstellern große Streitigkeiten entstanden, sondern selbst in den Quellen des R. R. fehlt es nicht an verschiedenen Meinungen, so wie an zweifelhaften und schwankenden Zeugnissen. Ich will es versuchen, diejenigen Regeln anzugeben, welche nach unbefangener Betrachtung und Vergleichung der Quellenzeugnisse als letztes Resultat aus denselben hervorgehen.

Ehe aber die auf die Verminderungen bezüglichen Rechtsregeln aufgestellt werden können, ist es nöthig, über die Natur dieser Verminderungen selbst und die verschiedenen möglichen Gründe derselben eine Uebersicht zu geben.

Dahin gehört vor Allem der körperliche Untergang der Sache, die den Gegenstand eines Rechtsstreites bildet, wohin der Tod eines Thieres, oder (bei den Römern) eines Sclaven, das Aufzehren der Sache, die durchgreifende Verarbeitung derselben mit Zerstörung ihrer bisherigen Form und Individualität, zu rechnen ist. — Eben so aber auch der partielle Untergang, wenn das auf einem streitigen Grundstück stehende Gebäude einstürzt oder abbrennt, so wie wenn ein Thier verwundet oder verstümmelt wird.

Es gehört dahin ferner der Verlust des Besitzes einer streitigen Sache, indem dadurch die Herausgabe derselben

dem Beklagten eben ſo unmöglich gemacht wird wie durch den Untergang.

Alle dieſe Veränderungen ſind Gegenſtände ſinnlicher Wahrnehmung, indem ſie theils den körperlichen Zuſtand einer Sache, theils deren räumliches Verhältniß zu dem Beſitzer betreffen. Daß dieſe durch die jetzt anzuſtellende Unterſuchung betroffen werden, kann keinem Zweifel unterworfen ſeyn.

Allein es giebt noch andere, und zwar unſichtbare, Fälle der Verminderung, welche darin beſtehen, daß der Geldwerth einer Sache abnimmt, während ihre Integrität und das bisherige Beſitzverhältniß unverändert bleibt; ein Fall, der beſonders bei ſchwankenden Waarenpreiſen im Handelsverkehr Statt findet. Dieſe Veränderlichkeit des Geldwerthes kommt auch bei dem Untergang einer Sache in Betracht, indem dabei, wenn überhaupt eine Entſchädigung zu leiſten iſt, die Frage entſteht, nach welcher Zeit der Geldwerth beſtimmt werden ſoll, welche Frage weiter unten beantwortet werden wird. Von dieſer Frage nun iſt allerdings die eben berührte verſchieden, welche dahin geht, ob, auch bei unveränderter objectiver Beſchaffenheit der Sache, die bloße Verminderung des Geldwerthes Grund einer Entſchädigung werden kann. Indeſſen ſtehen doch dieſe beiden Fragen in einem ſo nahen Zuſammenhang, daß eine gemeinſame Unterſuchung durchaus räthlich erſcheint. Fürjetzt alſo werden wir uns ganz auf die Folgen derjenigen

Veränderungen beschränken müssen, welche blos eine objective, äußerlich erkennbare Beschaffenheit haben.

Ich will zuerst diejenigen Regeln aufstellen, die am wenigsten Zweifel mit sich führen.

Wenn der Untergang oder der Besitzverlust einer streitigen Sache *nach* der L. C. bewirkt wird durch *Dolus oder Culpa* des Beklagten, so muß dafür unbedingt Entschädigung geleistet werden, der Beklagte mag redlicher oder unredlicher Besitzer seyn, in einer Mora sich befinden oder nicht. Dieses gehört unter die wichtigsten Wirkungen der L. C., und ist eine Folge der obligatorischen Natur der L. C., welche den Beklagten verpflichtet, die Sache mit der größten Sorgfalt zu verwalten. — Die aufgestellte Regel wird in folgenden wichtigen Anwendungen anerkannt.

1. Bei der *Eigenthumsklage*, wenn der Untergang der Sache durch nachlässiges Thun oder Unterlassen bewirkt wird (a).

   Eben so wenn durch Nachlässigkeit der Verlust des Besitzes herbeigeführt wird (b).

Eine wichtige Erweiterung erhält diese Regel für den Fall des unredlichen Besitzers; dieser soll auch für den in dem Zeitraum *vor* der L. C. begangenen Dolus oder Culpa Entschädigung leisten. Dieses ist der wahre Inhalt folgender, nicht selten unrichtig aufgefaßter, Stelle (c):

(a) *L.* 36 § 1, *L.* 33, *L.* 51 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1).

(b) *L.* 63, *L.* 36 § 1, *L.* 21, *L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1), *L.* 21 § 3 *de evict.* (21. 2).

(c) *L.* 45 *de rei vind.* (6. 1) aus Ulpianus lib. LXVIII. ad ed.

„Si homo sit, qui post conventionem restituitur (d), si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo debere: ceteros, etiam de culpa sua (e): inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam“ (f).

Der redliche Beſitzer, ſagt hier Ulpian, iſt verpflichtet für Dolus und Culpa einzuſtehen, die er nach der L. C. begeht, der unredliche Beſitzer auch für die vorher begangenen Handlungen ſolcher Art. Hat aber die von dem redlichen Beſitzer vor der L. C. begangene Handlung die Natur eines Dolus, ſo muß dafür allerdings auch er einſtehen (g). — Dieſe ſtrengere Behandlung des unredlichen

(d) post conventionem heißt, ſo wie auch anderwärts, ſo viel als post litis contestationem (§ 257. u). — Die hier erwähnte Reſtitution iſt die, welche bei den arbiträren Klagen auf die Aufforderung des Judex geſchah. Dieſe ſollte nur dann genügen, wenn Caution geſtellt wurde, daß dadurch dem Kläger eben ſo viel, wie außerdem durch das Urtheil, verſchafft wurde: Daher iſt der Inhalt dieſer Caution zugleich ein Zeugniß für den Inhalt des Urtheils (§ 260 Num. 1), in welchem Sinne es auch in meiner Erklärung aufgefaßt wird.

(e) Durch den Gegenſatz der folgenden Worte iſt es klar, daß die Culpa vor und nach der L. C. den unredlichen Beſitzer verantwortlich machen ſoll.

(f) d. h. für diejenigen Handlungen, die er nach der L. C. begeht, die ihn alſo wegen Dolus und Culpa verantwortlich machen ſollen.

(g) Es ſcheint widerſprechend, daß der redliche Beſitzer eines Dolus fähig ſeyn ſoll. Die Sache iſt aber ſo zu denken. Wenn er vor der L. C. den Sclaven manumittirt oder verpfändet hat, ſo war das zwar damals eine ehrliche Handlung. Wenn er ſie aber jetzt, bei der Reſtitution (die dadurch unwirkſam wird), verſchweigt, ſo macht er ſich dadurch eines Dolus ſchuldig; daher muß er Caution ſtellen, daß dergleichen nicht vorgefallen ſey. — Wetzell Vindicationsprozeß S. 206—211 erklärt die Stelle willkührlich und gezwungen, indem er unter andern einen grundloſen Unterſchied zwiſchen der Eigenthumsklage und Erbrechtsklage behauptet.

Beſitzers für die Zeit vor der L. C. ſcheint im Zuſammenhang zu ſtehen mit dem oben bei den Erweiterungen erwähnten, durch das Sc. Juventianum eingeführten, dolus praeteritus (§ 266. e. g), obgleich ſie über den Buchſtaben dieſes Ausdrucks noch hinaus geht.

2. Bei den perſönlichen Klagen, und zwar namentlich bei den Condictionen, bei welchen man es am erſten bezweifeln könnte, gilt dieſelbe Regel. Der Beklagte muß alſo Entſchädigung leiſten, wenn er nach der L. C. durch Dolus oder Culpa irgend einer Art den Untergang oder den Beſitzesverluſt der Sache bewirkt hat. Es liegt Dieſes in der omnis causa, zu welcher auch ihn die L. C. verpflichtet, und die darauf geht, dem Kläger alle Nachtheile zu vergüten, die aus der Dauer des Rechtsſtreites entſpringen (h). Vor der L. C. iſt der Stipulationsſchuldner (wenn keine Mora vorhanden iſt) nur ſchuldig die poſitiven Handlungen zu unterlaſſen, wodurch die Erfüllung unmöglich werden würde (i).

(h) *L.* 31 *pr. de reb. cred.* (12. 1) „Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.“ — Eben ſo iſt bei der Eigenthumsklage die omnis causa zu leiſten (*L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1), und auch daraus folgt die Entſchädigungspflicht für jeden durch Culpa bewirkten Verluſt der Sache. *L.* 36 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(i) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1).

§. 273.

Wirkung der L. C. II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortſetzung.)

Schwieriger und beſtrittener als die bisher unterſuchten Fälle der Verminderung iſt der Fall, wenn ohne Dolus und Culpa des Beklagten, alſo durch Zufall, die Verminderung bewirkt, z. B. die Sache zerſtört oder dem Beſitz des Beklagten entzogen wird.

Unzweifelhaft iſt es, daß in vielen Fällen dieſer Art der Beklagte Entſchädigung leiſten muß, und daß insbeſondere bei perſönlichen Klagen die Mora, bei Klagen in rem der unredliche Beſitz, Beſtimmungsgründe für dieſe Verpflichtung ſind. Allein theils die näheren Beſtimmungen hierüber, theils das Verhältniß der L. C. zu den beiden erwähnten Momenten, iſt in hohem Grade ſtreitig.

Unter den neueren Schriftſtellern iſt die Meinungsverſchiedenheit großentheils ſo zu beſtimmen. Einige ſagen, dem unredlichen Beſitz nach der L. C. ſey völlig gleiche Wirkung mit der Mora zuzuſchreiben; beide nämlich begründeten eine Verpflichtung zum Erſatz nur unter gewiſſen Einſchränkungen. Andere dagegen nehmen an, dieſe Einſchränkungen ſeyen nur auf den unredlichen Beſitz anzuwenden, die Verpflichtung aus der Mora dagegen ſey ganz unbedingt (a).

(a) Buchka Einfluß des Prozeſſes S. 202, wo viele Schriftſteller angeführt werden. Wächter H. 3 S. 133.

Aber nicht blos unter den Neueren iſt ein ſolcher Widerſtreit wahrzunehmen; auch bei den Römiſchen Juriſten finden ſich theils unter den Schulen, theils unter den Einzelnen, ſehr abweichende Meinungen (b). Insbeſondere werden von Einzelnen extreme Meinungen nach beiden Richtungen hin, d. h. bald zu unbedingter Bejahung, bald zu unbedingter Verneinung der Verbindlichkeit zum Erſatz angeführt. Die ſpäteren großen Juriſten aber ſuchten dieſe Extreme zu einer billigen Vermittelung hinzuführen.

Die oben angedeuteten Einſchränkungen beziehen ſich auf zwei Punkte. Es ſoll, wie behauptet wird, die Entſchädigung davon abhängig gemacht werden, ob der Kläger die Sache, wenn ſie nicht untergegangen wäre, verkauft haben würde; imgleichen davon, ob der jetzt eingetretene Untergang auch dann eingetreten ſeyn würde, wenn der Kläger den Beſitz der Sache früher erhalten hätte. Beide Einſchränkungen werden bald einzeln, bald in Verbindung behauptet. Bei beiden endlich kommt es noch darauf an, wer von beiden Theilen das Daſeyn oder die Abweſenheit beider thatſächlichen Bedingungen zu beweiſen hat. — Ich werde dieſe Fragen zunächſt ganz unberührt laſſen, und erſt am Schluß dieſer Unterſuchung darauf zurückkommen.

I. Bei den perſönlichen Klagen iſt die Mora das entſcheidende Moment, und hierüber ſind bei folgenden einzelnen Klagen ausdrückliche Beſtimmungen vorhanden.

(b) Keller S. 170.

A. Bei der Stipulation findet ſich in vielen unzweifelhaften Stellen der unbedingte Ausſpruch, daß von der Mora an, alſo oft vor allem Rechtsſtreit, der zufällige Untergang der verſprochenen Sache den Schuldner zur Entſchädigung verpflichte (c). Dieſe Regel erhält ihre vollſtändige Beſtimmung durch den Gegenſatz des Rechtszuſtandes, welcher vor der Mora, in Folge des blos geſchloſſenen Vertrages, ſtattfindet. In dieſem Zeitraum haftet der Schuldner nur für denjenigen Untergang, welcher durch ſeine Abſicht, oder durch ſeine culpoſe Handlungen (nicht durch bloße Unterlaſſungen) bewirkt wird (d).

B. Ganz derſelbe Grundſatz einer unbedingten Verpflichtung ſoll gelten bei allen Obligationen, auch außer der Stipulation, welche mit einer Klage auf dare oportere (einer Condiction) verbunden ſind (e). — Eine bloße Anwendung dieſer Regel iſt es, daß der Dieb von dem Augenblick des Diebſtahls an, durch welchen er ſtets in eine Mora verſetzt wird, den zufälligen Untergang

(c) *L.* 82 § 1, *L.* 23 *de verb. obl.* (45. 1), *L.* 89 § 1 *de leg.* 1 (30). — Weniger direct ausgeſprochen, aber dennoch erkennbar, findet ſich dieſelbe Regel auch in *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1), *L.* 5 § 4 *de in litem jur.* (12. 3), *L.* 23 *de pec. const.* (13. 5).

(d) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1). Aber ſelbſt bei der abſichtlichen Veräußerung, welche hiernach gewiß zum Erſatz verpflichtet, kann dieſe Wirkung hinterher dadurch entkräftet werden, daß die Sache durch Zufall untergeht, indem nun die Veräußerung keinen Unterſchied mehr macht. *L.* 45 *de verb. obl.* (45. 1).

(e) *L.* 5 *de reb. cred.* (12. 1). Das dare oportere iſt, hier wie in vielen anderen Stellen, die Bezeichnung der Condictionen und zwar gerade der ſtrengeren Arten derſelben, mit Ausſchluß der auf dare facere oportere gerichteten incerti condictio.

der geſtohlenen Sache erſetzen muß; denn gegen ihn geht die auf dare oportere gerichtete condictio furtiva (f).

C. Bei dem Kaufcontract haftet gleichfalls der Verkäufer für den zufälligen Untergang der verkauften Sache (g).

D. Dieſelbe Regel wird endlich auch bei Legaten erwähnt, wenn dem Erben zur Zeit des zufälligen Untergangs der Sache eine Mora zur Laſt fällt (h).

Es bedarf keines Beweiſes, daß in allen dieſen Fällen der Schuldner um ſo mehr zur Entſchädigung verpflichtet iſt, wenn der Untergang der ſtreitigen Sache durch ſeine Culpa, nicht durch Zufall, bewirkt wird.

Als Grund dieſer ſtrengen, durch die Mora herbeigeführten Verpflichtung wird in einer der angeführten Stellen der Umſtand angegeben, daß durch die Mora (alſo durch eine bewußte Rechtsverletzung) dem Berechtigten jede Möglichkeit entzogen worden ſey, die Sache zu verkaufen, wodurch er ſich gegen allen Verluſt geſchützt haben würde (i).

Wenn nun dieſe ſtrenge Verpflichtung von der Mora an behauptet werden muß, ſo wird dieſelbe in den meiſten hierher gehörenden Fällen um ſo weniger bezweifelt werden können, wenn es (ohne daß eine frühere Mora nachzuweiſen iſt) in dem Rechtsſtreit zur Inſinuation der Klage, oder

(f) *L.* 20, *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* (13. 1), *L.* 9 *C. de furtis* (6. 2).

(g) *L.* 4. 6 *C. de peric.* (4. 48).

(h) *L.* 39 § 1, *L.* 47 § 6, *L.* 108 § 11 *de leg.* 1 (30), *L.* 23 *de verb. obl.* (45. 1).

(i) *L.* 47 § 6 *de leg.* 1 (30).

ſogar zur L. C. gekommen iſt. Denn gerade in dieſen Fällen, bei dem Rechtsſtreit über eine beſtimmte einzelne Sache (bei welcher allein von dem Untergang die Rede iſt), wird nicht leicht ein Rechtsſtreit anfangen, ohne daß der Schuldner in einer Mora ſich befände. Beſonders wird dieſes gelten bei der Stipulation, deren formelle Natur meiſt allen Zweifel über das Daſeyn der Schuld ausſchließen muß (k).

Dieſe Bemerkung iſt wichtig für die Erklärung einiger anderen Stellen, in welchen leicht ein Widerſpruch gegen die aufgeſtellte Regel angenommen werden könnte. In dieſen Stellen nämlich wird geſagt, eine Verpflichtung wegen des zufälligen Unterganges ſey vorhanden von der L. C. an. Dieſes wird namentlich erwähnt bei der Stipulation, dem Legat, dem Depoſitum, und der Obligation aus einer in jure confessio (l).

Es liegt ſehr nahe, in dieſe Stellen ein argumentum a contrario hineinzutragen, ſo daß der Sinn derſelben ſeyn würde: nur von der L. C., und nicht ſchon von der Mora an. Dadurch würden dieſe Stellen in einen unauflöslichen Widerſpruch mit den vorher angeführten zahlreichen Zeugniſſen treten, und es würde dieſer Widerſpruch

(k) In dieſer Bemerkung liegt noch eine Beſtätigung der oben in § 264. d aufgeſtellten Erklärung der *L.* 82 § 1 *de verb. obl.* (45. 1) „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare *maluit* quam restituere," nach welcher dieſe (von der Stipulation handelnde) Stelle nicht von jeder Prozeßführung überhaupt, ſondern nur von einer frivolen, böswilligen, zu verſtehen iſt.

(l) *L.* 8 *de re jud.* (42. 1), *L.* 12 § 3 *depos.* (16. 3), *L.* 5 *de confessis* (42. 2).

als eine aus Verſehen in die Digeſten aufgenommene Controverſe der alten Juriſten anzuſehen ſeyn. — Allein dieſe Erklärung iſt ſchon deswegen entſchieden zu verwerfen, weil derſelbe Pomponius in Einer Stelle die Mora, in einer andern die L. C. als unzweifelhaften Grund jener ſtrengen Verpflichtung bei der Stipulation angiebt (m). Jene ſcheinbar widerſprechende Stellen ſind alſo dahin zu vereinigen, daß die ſtrenge Verpflichtung von der Mora, und wo dieſe zufällig fehlt, von dem Rechtsſtreit anfängt, wobei nach den beſonderen Umſtänden des einzelnen Falles gerade die L. C. der Zeitpunkt ſeyn kann, in welchem der Richter die ſichere Annahme einer anfangenden Mora zuläſſig findet (§ 264. g). Vielleicht waren auch einige dieſer Äußerungen veranlaßt durch wirkliche Fälle, in welchem der Untergang zufällig in die Zeit nach der L. C. fiel, ſo daß ein Zurückgehen auf die frühere Zeit (von der Mora an) ohne practiſche Erheblichkeit war.

Außerdem aber findet ſich noch die Erwähnung, daß Sabinus und Caſſius jede Verpflichtung des Beklagten wegen des zufälligen Unterganges für unbillig und verwerflich erklärten (n). Dieſe Erwähnung einer ſo ſtark

(m) *L.* 5 *de reb. cred.* (12. 1) und *L.* 12 § 3 *depos.* (16. 3), beide aus Pomponius lib. XXII. ad Sabinum. Dabei iſt doch wohl an eine Controverſe gar nicht zu denken.

(n) *L.* 14 § 1 *depos.* (16. 3) „ . . . veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius, absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt: quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.“ Der letzte Satz der Stelle wird unten berückſichtigt werden.

abweichenden Meinung hat nur eine hiſtoriſche Bedeutung, wie denn ſelbſt der Juriſt, bei dem ſie ſich findet, eine eigene Beſtätigung derſelben nicht hinzufügt.

Ich habe abſichtlich die ſchwierigſte unter den hierher gehörenden Stellen erſt zum Schluß erwähnen wollen, um nicht das Ergebniß der ſicheren Zeugniſſe durch Einmiſchung eines dunklen unnöthig zu verwirren und zu ſchwächen. Dieſe von Ulpian herrührende Stelle hat folgenden Inhalt (o). Wenn ein Sclave durch Drohungen dem Eigenthümer abgenöthigt wird, ſo hat dieſer eine actio quod metus causa auf Rückgabe des Sclaven. Stirbt *nun* der Sclave durch Zufall, ſo kann das geſchehen entweder nach dem rechtskräftigen Urtheil, oder vor demſelben. Im erſten Fall, ſagt Ulpian, braucht der Beklagte Nichts mehr zu bezahlen, weil er ſchon wegen der verweigerten Natural-Reſtitution den dreifachen Werth als Strafe hat entrichten müſſen, wodurch jede fernere Leiſtung abſorbirt wird. Im zweiten Fall dagegen muß er den Werth des zufällig verlornen Sclaven erſetzen (p). Dieſer zweite Fall muß nun ſo gedacht werden, daß der Untergang des Sclaven in die Zeit zwiſchen der L. C. und dem Urtheil fiel (q), ſo daß dieſe Stelle in die Reihe der ſo eben ange-

(o) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2).

(p) l. c. „si autem ante sententiam . . mortuus fuerit, tenebitur (nämlich auf einfachen Schadenserſatz) . . . Itaque *interdum* hominis mortui pretium recipit.“

(q) Und zwar muß noch beſtimmter angenommen werden, daß der Tod auch vor dem Reſtitutionsbefehl des Juder Statt fand, ſonſt

führten Stellen gehört, nach welchen der zufällige Untergang nach der L. C. zum Erſatz verpflichten ſoll (r). Ulpian fügt hinzu, Dasſelbe müſſe auch gelten bei den beiden Interdicten de vi und quod vi.

Wenn man übrigens die Wirkung der L. C. in der hier dargeſtellten Weiſe auffaßt, ſo iſt es einleuchtend, daß, bei dieſem Fall der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten, die L. C. als ſolche (d. h. durch ihre obligatoriſche Kraft) eigentlich gar nicht für ein entſcheidendes Moment angeſehen werden kann.

II. Bei den Klagen *in rem* finden ſich über die Entſchädigung wegen des zufälligen Untergangs folgende Ausſprüche.

A. Eigenthumsklage.

Viele ältere Juriſten hatten behauptet, durch den zufälligen Untergang der Sache, ſelbſt nach der L. C., werde der Beklagte durchaus nicht zum Erſatz verpflichtet. Ulpian berichtet dieſe extreme Meinung auf folgende Weiſe (s). Wenn der Untergang erfolge, nachdem ſchon

würde wegen des Ungehorſams die Strafe des dreifachen Werthes eingetreten ſeyn, welche ſo wie in dem erſten Fall den einfachen Schadenserſatz abſorbirt hätte. Es wäre nun eine eigentliche Mora geweſen.

(r) Ich will es nicht für unmöglich erklären, daß auch die Analogie der Eigenthumsklage hier vorgeſchwebt haben kann, indem allerdings bei den drei hier genannten perſönlichen Klagen der Beklagte auch als ein unredlicher Beſitzer angeſehen werden kann, und indem die Klage quod metus eine in rem scripta iſt. — Ueberhaupt mag es dahin geſtellt bleiben, ob das allerdings ſehr confuſe Ausſehen dieſer Stelle dem Verfaſſer zur Laſt fällt oder von einer ungeſchickten Behandlung der Compilatoren herrührt.

(s) *L.* 15 § 3 *de rei vind.* (6. 1).

der Judex das Recht des Klägers vorläufig anerkannt und die Natural-Reſtitution anbefohlen hatte (welches vor dem eigentlichen Urtheil geſchah § 221), ſo ſey der Beklagte allerdings zum Erſatz verpflichtet, indem nun die verzögerte Reſtitution eine wahre Mora enthalte, und daher die (oben entwickelten) Grundſätze der Mora in Obligationen anwendbar ſeyen. Dies iſt der Sinn folgender Worte der angeführten Stelle:

„Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset (t), *moram passo* debere praestari (u): nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus."

(t) Dieſe Worte werden weiter unten berückſichtigt werden.

(u) Die Mora in dieſer und der gleich folgenden Stelle werden gewöhnlich in dem allgemeinen Sinn aufgefaßt, als ob ſie blos die in der Natur des Rechtsſtreits liegende Verzögerung bedeuteten, alſo von Seiten des Beklagten die (an ſich nicht zu tadelnde) Prozeßführung anſtatt des freiwilligen Nachgebens. Schon an ſich iſt es unwahrſcheinlich, daß ein ſo beſtimmter und wichtiger Kunſtausdruck in einer ſo vagen Bedeutung, völlig verſchieden von dem wahren und techniſchen Sinn, gebraucht ſeyn ſollte. Seitdem wir aber die Natur der arbiträren Klagen aus Gajus kennen, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die hier erwähnte mora den Ungehorſam gegen den Reſtitutionsbefehl des Judex bezeichnet, alſo dasſelbe, welches anderwärts contumacia heißt. *L.* 1. *L.* 2. § 1. *de in litem jur.* (12. 3). Ohne Zweifel iſt in dieſer Stelle von einem redlichen Beſitzer die Rede. Die Mora iſt hier übrigens im eigentlichſten Sinn zu nehmen, und zwar auf die Obligation in der L. C. zu beziehen (§ 258. v). — Die richtige Erklärung der mora in dieſen Stellen hat Wetzell Vindicationsprozeß S. 179—181, der aber außerdem die Stelle gezwungen und unrichtig erklärt.

Eine Beſtätigung dieſes Ausſpruchs enthält auch die Fortſetzung derſelben Stelle (v) in folgenden Worten:

„Idem Julianus eodem libro scribit, *si moram fecerit* in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse“ (w).

Außerdem aber iſt, unabhängig von dieſer Mora und ſchon vor derſelben, der Beklagte für den zufälligen Untergang verhaftet, wenn er ein unredlicher Beſitzer iſt, und der Untergang nach der L. C. erfolgt (x).

B. Erbrechtsklage.

Hier hatten die älteren Juriſten eine unbedingte Verpflichtung des Beklagten wegen des nach der L. C. eingetretenen zufälligen Untergangs behauptet. Sie waren dazu veranlaßt worden durch die zu abſolut gefaßten Ausdrücke des Sc. Iuventianum. Paulus berichtigt dieſe zu weit gehende Behauptung durch die Unterſcheidung des

(v) *L.* 17 § 1 *de rei vind.* (6. 1).

(w) Wenn ſogar dieſe verſäumten Früchte erſetzt werden ſollen, ſo iſt gewiß vor Allem die Entſchädigung für den Werth des Sclaven ſelbſt als ein begründeter Anſpruch des Klägers gedacht.

(x) Vgl. die ſogleich folgende *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3), die ausdrücklich auch von der Eigenthumsklage ſpricht. — Wenn übrigens Paulus in *L.* 16 *pr. de rei vind.* (6. 1) ſagt: „*non* enim post litem contestatam *utique et fatum possessor praestare debet*,“ ſo reiht er ſich damit nicht etwa an die plerique an, die Ulpian in *L.* 15 § 3 *eod.* anführt und widerlegt; denn er verneint hier nur die unbedingte Erſatzverpflichtung, und dieſe negative Behauptung iſt eben ſo vereinbar, mit der durch die *mora* neu entſtehenden Verpflichtung (wie ſie Ulpian aufſtellt), als mit der beſonderen Verpflichtung des unredlichen Beſitzers, (wie ſie Paulus ſelbſt in *L.* 40 *pr. de her. pet.* anerkennt).

redlichen und unredlichen Beſitzers. Gegen den unredlichen Beſitzer ſey dieſe Strenge allerdings begründet, gegen den redlichen durchaus nicht. Er fügt hinzu, ganz Daſſelbe wie bei der Erbrechtsklage, müſſe auch bei der Eigenthumsklage zur Anwendung kommen. — Dies iſt der Sinn folgender Worte (y):

„quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius, contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.“

Es hat jedoch keinen Zweifel, auf die Erbrechtsklage auch den Fall der unbedingten Verpflichtung des Beklagten anzuwenden, welcher oben bei der Eigenthumsklage in Folge einer eigenthümlichen Art der Mora, nachgewieſen

(y) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). Nach einer buchſtäblichen Interpretation könnte man die Sache ſo auffaſſen. Bei der Eigenthumsklage werde in der That von Paulus zwiſchen dem redlichen und unredlichen Beſitzer unterſchieden. Aber bei der Erbrechtsklage müſſe die (obgleich harte) Vorſchrift des Senatsſchluſſes auch für den redlichen Beſitzer gelten. Offenbar will jedoch Paulus ſagen, die Härte des Scts. gegen den redlichen Beſitzer liege zwar in den Worten, aber nicht in dem Sinn desſelben. In dieſer Hinſicht will er beide Klagen völlig gleich behandelt wiſſen. Die Richtigkeit dieſer Erklärung geht aus den Schlußworten unwiderſprechlich hervor, die ja auf beide Klagen gleichmäßig paſſen.

worden iſt. Denn beide Klagen waren gleichmäßig arbitrariae, bei beiden kam eine vorläufige Anerkennung des Rechts und ein Reſtitutionsbefehl des Judex vor, und bei beiden mußte der Ungehorſam gegen dieſen Befehl gleich ſtrenge Wirkungen hervorbringen.

Es ergiebt ſich aus dieſer Zuſammenſtellung, daß in dieſen beiden Klagen die extremen Behauptungen der älteren Juriſten ſpäterhin zu einer billigen Mitte, die eine von Ulpian, die andere von Paulus, hingeführt worden ſind.

Zugleich geht aus der hier gegebenen Darſtellung für die eigenthümliche Wirkung der L. C. als ſolcher Folgendes hervor. In dem Fall der beſonderen Mora (des Ungehorſams gegen den Reſtitutionsbefehl) iſt die L. C. ſelbſt gar kein entſcheidendes Moment; ſie iſt nur mittelbar wichtig, indem gerade durch ihre vorhergehende Vollziehung der nachher eintretende Ungehorſam die Natur einer wahren Mora annimmt. Dagegen iſt im Fall des unredlichen Beſitzes die L. C. als ſolche das Entſcheidende; dieſer Fall iſt daher der einzige überhaupt, von welchem man behaupten kann, daß der Zeitpunkt der L. C. die Verpflichtung des Beklagten für jeden nachher eintretenden zufälligen Untergang beſtimmt.

C. Man kann bei dieſen Klagen in rem auch noch die actio ad exhibendum hinzufügen, welche zwar eine perſönliche Klage iſt, aber doch großentheils nach den Regeln der Eigenthumsklage beurtheilt wird. Auch bei dieſer Klage wird eine Verpflichtung des Beklagten wegen des

zufälligen Untergangs ausgesprochen, jedoch ohne nähere Angabe der Gränzen derselben (z).

Fragen wir zuletzt, welche unter den bisher aufgestellten Regeln auch noch im heutigen Recht anwendbar sind, so kann die Antwort kaum zweifelhaft seyn. — Die allgemeine Verpflichtung des im Zustand der Mora befindlichen Schuldners ist unbedenklich anwendbar. Eben so auch die Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers bei den Klagen in rem von der L. C. an. Dagegen kann die eigenthümliche Art der Mora bei der Eigenthumsklage und der Erbrechtsklage bei uns nicht mehr vorkommen, da sie durch das ganz besondere, für uns spurlos verschwundene, Prozeßverfahren bei den arbiträren Klagen des R. R. bedingt ist. Bei uns kann daher der Fall gar nicht mehr eintreten, in welchem das R. R. den Beklagten wegen einer solchen eigenthümlichen Mora, nämlich wegen des Ungehorsams gegen den vor dem Urtheil erlassenen Restitutionsbefehl, den zufälligen Untergang zu vergüten verpflichtete.

Das Preußische A. L. R. schließt sich hier im Allgemeinen dem R. R. an. Es verpflichtet zur Vergütung

(z) *L.* 12 § 4 *ad exhib.* (10. 4) „*interdum* . . damnandus est." Mit diesem Ausdruck wird auf beschränkende Bedingungen der Verpflichtung hingedeutet, ohne diese näher zu bezeichnen. Ohne Zweifel sind es dieselben Bedingungen wie bei der Eigenthumsklage: also entweder der unredliche Besitz des Beklagten, oder dessen Mora d. h. der Ungehorsam gegen den Exhibitionsbefehl des Judex, indem auch diese Klage unter die arbiträren gehört.

des Zufalls nicht jeden Beklagten überhaupt, obgleich demſelben von der Inſinuation an ein fingirter unredlicher Beſitz zugeſchrieben wird, ſondern nur allein den eigentlich unredlichen Beſitzer, alſo den, welcher wirklich weiß, daß er mit Unrecht beſitzt (aa). Dieſelbe Verpflichtung aber trifft auch den Schuldner, der mit der Uebergabe einer Sache im Verzug ſich befindet (bb). — Es findet ſich hier zwiſchen beiden Rechten völlige Uebereinſtimmung, nur unter verſchiedenen Ausdrücken, wie ſie aus der Verſchiedenheit der allgemeinen Auffaſſung hervorgehen mußte.

§. 274.

Wirkung der Litis Conteſtation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortſetzung.)

Ich wende mich jetzt zu der oben (§ 273) ausgeſetzten Frage wegen der angeblichen Einſchränkungen der ſtrengen Erſatzverbindlichkeit des Beklagten.

(aa) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 241. Der „eigentlich unredliche Beſitzer" iſt hier allerdings zunächſt geſagt im Gegenſatz des unrechtfertigen (§ 240), der hierin gelinder behandelt werden ſoll. Wenn aber ſchon der unrechtfertige, deſſen Bewußtſeyn doch immer etwas fehlerhaft iſt, von dieſer ſtrengen Verpflichtung frei ſeyn ſoll, ſo muß dieſelbe Befreiung um ſo mehr demjenigen gebühren, dem blos die fingirte Unredlichkeit wegen der Inſinuation (§ 222) zugeſchrieben werden kann, und deſſen Bewußtſeyn daneben vielleicht vollkommen tadellos iſt. Inſofern bezeichnet das eigentlich auch (wenigſtens indirect) einen Gegenſatz gegen den § 222. — Von der Einſchränkung am Schluß des § 241 wird im folgenden § die Rede ſeyn.

(bb) A. L. R., Th. 1 Tit. 16 § 18.

I. Die erſte dieſer Einſchränkungen wird darin geſetzt, daß der Kläger die ſtreitige Sache, wenn ſie ihm zu rechter Zeit gewährt worden wäre, verkauft und eben dadurch jeden Schaden für ſein Vermögen abgewendet haben müßte. Natürlich wird dabei hinzugedacht, daß der Kläger beweiſen müſſe, er würde verkauft haben.

Betrachten wir zuerſt dieſe Frage im Allgemeinen, nach der inneren Natur des Rechtsverhältniſſes, ſo muß uns jene Behauptung ſehr bedenklich erſcheinen. Wer einem Andern eine Sache zu geben ſchuldig iſt, und dieſes mit wahrer Mora unterläßt, begeht dadurch ein Unrecht mit Bewußtſeyn, welches unter andern die Folge hat, daß dem Creditor einſtweilen der Verkauf der Sache unmöglich gemacht wird (a). Für dieſen Nachtheil kann er dem Gegner im Fall eines zufälligen Untergangs nur dadurch wahren, vollſtändigen Erſatz leiſten, daß er ihm den Werth der Sache bezahlt. Dabei erſcheint alſo die entzogene Möglichkeit des Verkaufs als Motiv der ſtrengen Verpflichtung. Durch die oben angegebene Behauptung ſoll nun dieſes Motiv in eine Bedingung verwandelt werden, ſo daß der Kläger nur dann einen Erſatz fordern könnte, wenn er bewieſe, daß er von jener Möglichkeit Gebrauch gemacht, alſo in der That verkauft haben würde. Dadurch wird aber die ganze Regel ſo gut als völlig entkräftet.

(a) Nämlich factiſch unmöglich faſt immer, ſo lange der Beſitz (vielleicht auch das zu verſchaffende Eigenthum) dem Kläger entzogen iſt; zuweilen auch juriſtiſch unmöglich, während des Rechtsſtreits, wegen der Vorſchriften über das litigiosum.

Denn der Beweis, daß der Kläger unter einer gewissen (jetzt fehlenden) Voraussetzung Etwas gethan haben würde, ist schon an sich als eigentlicher Beweis unmöglich, so daß Diejenigen, die ihn dennoch fordern, anstatt des Beweises eine gewisse factische Wahrscheinlichkeit anzunehmen genöthigt seyn werden, die doch in der That kein Beweis ist (b). Besonders einleuchtend ist Dieses gerade in dem vorliegenden Fall, indem selbst derjenige, der zu einem Verkauf entschiedene Neigung hätte, einen Käufer nicht wird suchen und finden können, so lange ihm der Besitz der Sache (bei persönlichen Klagen auf Tradition sogar das Eigenthum) fehlt. Nach dieser allgemeinen Betrachtung müssen wir also den für den Kläger verhinderten Verkauf als Motiv der ganzen Rechtsregel, nicht als Bedingung ihrer Anwendung, betrachten.

Sehen wir nun zu, in welcher Weise das R. R. diese Frage auffaßt.

A. Für den Fall der Mora bei den persönlichen Klagen sagen die meisten unter den zahlreichen Stellen des R. R. hierüber gar Nichts. Sie sprechen die unbedingte Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz für den zufälligen Untergang aus, ohne irgend eine Ausnahme, ohne Erwähnung eines dem Kläger verhinderten Verkaufs.

(b) Allerdings giebt es Fälle, worin es factisch größere Wahrscheinlichkeit hat, daß der Kläger verkauft haben würde: namentlich wenn der Kläger Kaufmann ist, und Waaren einklagt, die zu seinem Handelsgeschäft gehören. Aber auch in diesem Fall bleibt es noch ungewiß, ob er vor dem eingetretenen Untergang Käufer zu den von ihm gestellten Preisen gefunden hätte.

Eine einzige unter dieſen zahlreichen Stellen, die von Ulpian herrührt, erwähnt den Verkauf, und zwar in folgenden Worten (c).

„Item si fundus chasmate periit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram id evenerit: *potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*“

Hier iſt die Sache genau ſo aufgefaßt, wie ich ſie ſo eben nach allgemeiner Betrachtung zu begründen geſucht habe. Die Verpflichtung zum Erſatz, von der Zeit der Mora an, wird unbedingt ausgeſprochen. Als Motiv der Verpflichtung wird die bloße Möglichkeit des Verkaufs angegeben; nicht aber wird die hypothetiſche Wirklichkeit des Verkaufs in eine Bedingung verwandelt, ohne deren Beweis die Verpflichtung nicht gelten ſollte.

Allerdings kann außer der ſo eben angeführten Stelle des Ulpian auch noch die ſchon oben angeführte, ſehr verworrene, Stelle desſelben Juriſten über die actio quod metus causa in Betracht kommen, die von einer perſönlichen Klage, und in derſelben von den Wirkungen der Mora, oder der die Mora vertretenden L. C. ſpricht (d). Allein dieſe Stelle iſt durch die zweideutige Unbeſtimmtheit ihres Ausdrucks für die vorliegende Streitfrage ganz unentſcheidend. Sie lautet ſo:

(c) *L.* 47 § 6 *de leg.* 1 (30) aus Ulpianus lib. XXII. ad Sabinum.

(d) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2). Vgl. oben § 273.

„Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, *qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.*“

Das qui kann hier ſprachlich eben ſowohl den Sinn von quia, als von si haben. Es kann alſo heißen: „weil er ihn vielleicht verkauft haben wird,“ als „wenn er ihn etwa verkauft haben wird.“ Die Stelle beweiſt alſo Nichts, weil ſie für beide Meinungen ausgelegt werden kann. Am wenigſten beweiſt ſie für die Annahme der Bedingung, weil derſelbe Ulpian in der unmittelbar vorher angeführten Stelle den Verkauf nicht als Bedingung, ſondern als Motiv aufgefaßt hat, welche Auffaſſung alſo auch in der gegenwärtig vorliegenden Stelle bei ihm für den Fall der Mora (oder L. C.) in perſönlichen Klagen vorauszuſetzen iſt.

B. Genau auf dieſelbe Weiſe wird von Paulus bei den Klagen auf Erbrecht oder Eigenthum die Verpflichtung des unredlichen Beſitzers von der L. C. an behandelt (e):

„post acceptum judicium .... damnari debebit secundum verba orationis, *quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea.* Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet ... In praedonis persona Proculus recte existimat.“

Auch hier wieder iſt die vorausgeſetzte allgemeine Möglichkeit des Verkaufs als Motiv einer unbedingten Verpflichtung ausgedrückt, und es iſt daraus nicht eine einſchränkende Bedingung für den Fall eines wirklichen Verkaufs gemacht.

(e) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3). Vgl. § 273.

C. Bei den Klagen in rem, in welchen die ſtrenge Verpflichtung des Beklagten durch die dieſen Klagen eigenthümliche Art der Mora (den Ungehorſam gegen den Reſtitutionsbefehl) begründet wird, drückt ſich Ulpian ſo aus (f):

„Sed est verius, *si forte distracturus erat petitor si accepisset*, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus."

Hier iſt allerdings ein Ausdruck gebraucht, der ein Bedingungsverhältniß bezeichnet. Wollten wir nun deshalb einen Widerſpruch mit den vorhergehenden Stellen annehmen, ſo würde Dieſes dadurch ſehr bedenklich werden, daß eine dieſer Stellen gleichfalls von Ulpian herrührt. Wollten wir, um dieſem Widerſpruch zu entgehen, annehmen, es habe hierin bei der Mora in den Klagen in rem ein anderes Recht gegolten, als bei der Mora in Obligationen und bei dem unredlichen Beſitzer, ſo würde dieſe Vorausſetzung kleinlich und unwahrſcheinlich ſeyn.

Dieſen Schwierigkeiten können wir jedoch durch folgende Erklärung der zuletzt angeführten Stelle entgehen, die zugleich eine vermittelnde Natur für die ganze hier vorliegende Controverſe hat. Si forte distracturus erat heißt wörtlich: „wenn es als eine Möglichkeit erſcheint, daß er verkauft hätte" (alſo forte für: möglicherweiſe). Geſetzt nun, der Beklagte könnte in einem einzelnen Fall den

(f) *L.* 15 § 3 *de rei vind.* (6. 1) aus Ulpianus lib. XVI. ad ed. Vgl. § 273.

Beweis führen, daß der Kläger gewiß nicht verkauft haben würde, ſo wäre durch dieſen Beweis (der freilich nur höchſt ſelten zu führen ſeyn wird und darum practiſch ziemlich unerheblich iſt) die Möglichkeit des Verkaufs ausgeſchloſſen, worauf doch die ganze Verpflichtung beruhen ſoll. Dieſe Einſchränkung könnte dann ohne Gefahr auch in die anderen Fälle hinein getragen werden, in welchen die Möglichkeit nur als Motiv, nicht als Bedingung ausgedrückt iſt. Daß ſie bei dieſen Fällen nicht erwähnt wird, erklärt ſich befriedigend aus der ſchon erwähnten ſeltenen Anwendbarkeit. Aus demſelben Umſtand erklärt es ſich auch, daß ſo viele Stellen über die Mora in Obligationen die Verpflichtung des Schuldners zur Vergütung des zufälligen Untergangs unbedingt ausſprechen, dadurch alſo gar keinen Raum für irgend eine Art der Einſchränkung zu laſſen ſcheinen. — Zugleich würde dieſe Erklärung auch auf die ſchwierige Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa (Note d) Anwendung finden, und jeden Schein eines Widerſpruchs derſelben mit den übrigen Stellen beſeitigen. — Ein Beiſpiel des (immerhin höchſt ſeltenen) Beweiſes des Beklagten wäre etwa Folgendes. Ein Lehn- oder Fideicommißgut oder auch ein fundus dotalis wird gegen einen unredlichen Beſitzer vindicirt. Ein Blitzſtrahl (alſo der Zufall) verzehrt die Gebäude durch Feuer. Hier läßt ſich die Möglichkeit des Verkaufs durch die unveräußerliche Natur des Grundſtücks widerlegen. Aber ſelbſt ohne die Vorausſetzung eines aus Rechtsgründen unveräußerlichen Ge-

genſtandes läßt ſich der Beweis der unmöglichen Veräußerung denken; wenn z. B. der Kläger in der ganzen Zeit, worin die Mora oder der unredliche Beſitz des Beklagten beſtand, in weiter Entfernung von der Heimath gelebt hat, ohne einen Bevollmächtigten zurück zu laſſen, der in ſeinem Namen den Verkauf hätte vornehmen können.

Nimmt man dieſe Erklärung an, ſo würde ſich für alle Fälle der ſtrengen Verpflichtung die Sache ſo ſtellen. Die Verpflichtung wäre in ſofern unbedingt, daß der Kläger, um ſie geltend zu machen, niemals einen beſonderen Beweis zu führen hätte. Grund der Verpflichtung wäre die dem Berechtigten entzogene Möglichkeit die ſtreitige Sache vorher zu verkaufen, und dadurch jeden Schaden von ſeinem Vermögen abzuwenden. Dieſe Möglichkeit verſteht ſich im Allgemeinen von ſelbſt, und nur in den ſeltenen Fällen, worin der Beklagte beweiſt, daß die Möglichkeit nicht vorhanden war, fällt auch die durch ſie begründete Verpflichtung zur Entſchädigung hinweg.

II. Die zweite Einſchränkung hat den Sinn, daß der zufällige Untergang nicht zum Erſatz verpflichten ſoll, wenn er auch den Kläger als Beſitzer getroffen haben würde, ſondern nur dann, wenn er eine Folge des unrechtmäßigen Beſitzes des Beklagten war (g).

(g) Wenn ein Grundſtück durch einen Erdſturz untergeht (Note c), ſo iſt Dieſes ein Ereigniß, welches ohne Unterſchied des Beſitzers eingetreten wäre; eben ſo wenn ein Gebäude durch einen Blitzſtrahl eingeäſchert wird. Wenn dagegen eine eingeklagte bewegliche Sache mit dem ganzen Hauſe des Beklagten verbrennt, ſo iſt dieſer Unter-

Betrachten wir auch dieſe Einſchränkung zuerſt im Allgemeinen, nach der Natur des vorliegenden Rechtsverhältniſſes. Eine ſcheinbare Rechtfertigung derſelben liegt in dem Umſtand, das in dem erſten der beiden angegebenen Fälle der Kläger durch den vorenthaltenen Beſitz keinen bleibenden Nachtheil erlitten zu haben ſcheint, indem ſein Vermögen nach eingetretenem Untergang denſelben Umfang haben würde, der Beſitz möchte ihm vorenthalten worden ſeyn oder nicht.

Allein dieſer Schein verſchwindet, wenn man die erwähnte Einſchränkung mit der ſo eben verſuchten Erörterung der erſten Einſchränkung zuſammenhält. Denn auch wenn der Untergang ſo allgemeiner Natur iſt, daß er überall Statt gefunden haben würde, ſo iſt doch nicht die Möglichkeit abzuleugnen, daß der Kläger hätte rechtzeitig verkaufen und dadurch von ſeinem Vermögen allen Verluſt abwenden können. Gerade auf dieſer entzogenen Möglichkeit aber beruht, wie oben gezeigt worden iſt, die ſtrenge Verpflichtung des Beklagten überhaupt.

Fragen wir jetzt, was in den Quellen des R. R. über dieſe zweite Einſchränkung vorkommt.

Alle klare und entſcheidende Stellen, welche oben für die Feſtſtellung der ſtrengen Regel ſelbſt benutzt worden ſind, ſchweigen darüber gänzlich. Wenn alſo in vielen

gang der ſtreitigen Sache eine Folge davon, daß eben dieſer Beklagte ſie beſaß. — Allerdings werden aber auch in dieſer Hinſicht viele Fälle unentſchieden in der Mitte liegen bleiben.

Stellen unbedingt ausgeſprochen wird, daß bei der Stipulation der Schuldner durch die Mora verpflichtet werde, den zufälligen Untergang der verſprochenen Sache zu vergüten, ohne irgend eine Erwähnung jener Einſchränkung, ſo würden wir durch Annahme der Einſchränkung wenigſtens mit dieſen Stellen in entſchiedenen Widerſpruch treten, und es würde ſehr klarer, unzweideutiger Zeugniſſe bedürfen, wenn wir auch nur zu einem Zweifel, und zu dem Verſuch einer Vereinigung der ſcheinbar widerſprechenden Stellen veranlaßt werden ſollten. Ganz eben ſo verhält es ſich mit der ſtrengen Verpflichtung des unredlichen Beſitzers, ſo wie mit der eigenthümlichen Art der Mora bei den Klagen in rem.

Was wir nun in der That über jene angebliche Einſchränkung im R. R. finden, läßt ſich auf folgende Äußerungen zurück führen.

A. Bei der actio ad exhibendum iſt ſchon oben der Satz vorgetragen worden, daß der zufällige Untergang der Sache nach der L. C. den Beklagten zuweilen zur Entſchädigung verpflichte, welches ſo zu verſtehen iſt, daß die ſtrenge Verpflichtung unter denſelben Bedingungen eintreten ſoll, wie bei der Eigenthumsklage (§ 273. z). Dieſem Ausſpruch fügt Paulus folgende Worte hinzu (h):

„*Tanto magis*, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.“

In dieſen Worten liegt Nichts als eine beſondere Be-

(h) *L.* 12 § 4 *ad exhib.* (10. 4).

kräftigung des Ausſpruchs für den hier bezeichneten Fall: es liegt aber darin keinesweges die Erklärung, daß das Gegentheil gelten ſolle, wenn der Untergang auf andere Weiſe erfolgt ſey. Eine Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung liegt in dieſen Worten durchaus nicht.

B. Bei der actio depositi war von Sabinus und Caſſius jede Verpflichtung des Depoſitars zum Erſatz des zufälligen Untergangs ſchlechthin verneint worden, welche Meinung von Gajus blos hiſtoriſch, ohne Billigung, erwähnt wird, und auch von den ſpäteren Juriſten, ſo wie ſpäterhin in der Compilation, verworfen worden iſt (§ 273. u). Dieſe verworfene ältere Meinung bekommt am Schluß der Stelle noch folgenden Zuſatz (i):

„utique, cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.“

Dieſe Worte laſſen eine doppelte Auslegung zu. Sie können heißen: die Verneinung ſey beſonders außer Zweifel in dieſem Fall (obgleich ſie auch außerdem wahr und richtig ſey). Sie können aber auch ſo verſtanden werden: die Verneinung ſey nur in dieſem Fall ſchlechthin wahr (anſtatt daß in anderen Fällen etwa noch Ausnahmen zugelaſſen werden könnten). Für das in der Compilation anerkannte, geltende Recht ſind dieſe Worte in jedem Fall ganz gleichgültig, da ſie ſich blos auf eine verworfene ältere Meinung beziehen: nach der einen Erklärung als

(i) *L.* 12 § 4 *depos.* (16. 3).

Bekräftigung dieſer Meinung, nach der anderen als Einſchränkung derſelben.

C. Endlich bleibt noch die öfter erwähnte ſehr verworrene Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa übrig (k). Darin wird geſagt, bei dem zufälligen Untergang während des Rechtsſtreits ſey der Beklagte zum Erſatz verpflichtet:

„si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus“ (l).

In dieſen Worten ſcheint allerdings, nach einem ſehr nahe liegenden argumentum a contrario, für den entgegengeſetzten Fall (wenn die Sache in jedem Fall untergegangen wäre, z. B. bei dem natürlichen Tode des Sclaven vor Alter) jede ſtrenge Verpflichtung des Beklagten verneint zu werden, und Dieſes iſt in der That die einzige ſcheinbare Stütze der hier bekämpften Meinung. Es ſcheint mir jedoch aus folgenden Gründen durchaus unzuläſſig, den ſo

(k) *L.* 14 § 11 *quod metus* (4. 2). Vgl. oben § 273.

(l) Vollſtändig lautet der hierher gehörende Theil der Stelle ſo: Nachdem zuerſt geſagt war, für einen Sclaven, der ohne Schuld des Beklagten entlaufen ſey, habe der Beklagte blos Caution zu ſtellen, fährt Ulpian fort: „Sed et si non culpa *ejus cum quo agetur obierit*, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset tenebitur reus.“ Die hier curſiv gedruckten Worte ſind aus Haloander genommen, und geben folgenden Sinn. Vorher war die Rede geweſen von dem entlaufenen Sclaven („Ergo si *in fuga sit* servus sine dolo malo et culpa ejus cum quo agetur, cavendum esse“ rel). — Dagegen bildet den Gegenſatz der Fall des verſtorbenen Sclaven („Sed et si ... *obierit*“). — Die Leſeart der Florentina und der Vulgata: „Sed et si non culpa *ab eo* cum quo agetur *aberit*“ giebt durchaus keinen erträglichen Sinn.

eben mitgetheilten Ausſpruch dieſer Stelle zum Grunde einer allgemeinen Regel zu legen, und daraus für alle Klagen überhaupt eine ſolche Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten zu conſtruiren. Die entſcheidendſten und unzweifelhafteſten Stellen über dieſe ſtrenge Verpflichtung, ſowohl bei den wichtigſten obligatoriſchen Verträgen, als bei den Klagen auf Eigenthum und Erbrecht, ſtellen die ſtrenge Verpflichtung unbedingt, ohne eine ſolche Einſchränkung, auf, ſtehen alſo mit derſelben in Widerſpruch. Die Einſchränkung müßte in dieſelben aus der angeführten Stelle erſt hinein getragen werden, und dazu iſt dieſe Stelle keineswegs geeignet. Der verworrene Inhalt derſelben iſt ſchon oben bemerklich gemacht worden. Beſonders von dem hier einſchlagenden Stück läßt ſich zwar einigermaßen errathen und vermuthen, in welchen beſonderen Fall, in welchen Theil des Prozeſſes es eingreifen möge, eine ſichere Behauptung iſt darüber nicht möglich. Dazu kommt noch, daß dieſe ganze Stelle von der actio quod metus causa handelt, einer für den Zuſammenhang des ganzen Rechtsſyſtems wenig erheblichen Klage. Eine bei dieſer gelegentlich eingeſtreute Bemerkung darf nicht maaßgebend gemacht werden für den ganzen Umkreis aller Klagen überhaupt. Ein ſolches Verfahren würde den richtigen Grundſätzen über den Aufbau des Rechtsſyſtems aus den Quellenzeugniſſen, alſo dem wahren Verhältniß zwiſchen Syſtem und Exegeſe, gänzlich widerſprechen.

Erwägt man nun das oben erörterte Verhältniß beider Einſchränkungen zu einander, ſo ergiebt ſich daraus das folgende practiſche Reſultat.

1. Wenn die Urſache des Untergangs mit dem unrechtmäßigen Beſitz des Beklagten dergeſtalt zuſammenhängt, daß ohne dieſen Beſitz der Untergang ſelbſt gar nicht erfolgt wäre, ſo iſt unbedingt Entſchädigung zu leiſten, und es kommt in dieſem Fall nicht darauf an, ob der Kläger die Sache hätte verkaufen können (m).
2. Im entgegengeſetzten Fall iſt zwar auch in der Regel Entſchädigung zu leiſten, jedoch nur weil es dem Kläger möglich geweſen wäre, durch rechtzeitigen Verkauf den Verluſt von ſich abzuwenden. Eben deshalb fällt die Entſchädigung hinweg, wenn der Beklagte beweiſt, daß ein Verkauf gewiß nicht Statt gefunden hätte.

Nimmt man dieſes Verhältniß zwiſchen beiden Sätzen an, ſo erſcheint dann das, welches als eine zweite Einſchränkung oben aufgefaßt und geprüft wurde, vielmehr als eine Ausnahme der erſten, nunmehr einzigen, Einſchränkung der ſtrengen Verpflichtung des Beklagten. Beide Sätze laſſen ſich alsdann in die gemeinſame Formel zuſammen faſſen, deren Natürlichkeit und Billigkeit nicht zu verkennen iſt:

die ſtrenge Verbindlichkeit des Beklagten zum Erſatz

(m) Die erläuternden Beiſpiele für dieſen und den folgenden Fall ſind aus der Note g zu entnehmen.

für den zufälligen Untergang leidet alsdann eine Ausnahme, wenn der Kläger, ſelbſt im Fall des ihm rechtzeitig eingeräumten Beſitzes der ſtreitigen Sache, nicht im Stande geweſen wäre, den Verluſt von ſich abzuwenden.

Dieſe Auffaſſung der Sache ſtimmt mit der ſchwierigen Stelle des Ulpian über die actio quod metus causa inſofern überein, als auch in dieſer Stelle beide Sätze neben einander genannt werden. Ich will keineswegs behaupten, daß in derſelben gerade dasjenige logiſche Verhältniß beider Sätze zu einander ausgeſprochen ſey, welches ich hier angenommen habe. Aber ich muß auch ſehr bezweifeln, daß es jemals gelingen werde, in jener Stelle irgend eine andere practiſche Bedeutung der beiden Sätze klar und ſicher nachzuweiſen.

Das Preußiſche A. L. R. behandelt dieſen Gegenſtand in folgender Weiſe.

Die Möglichkeit des Verkaufs von Seiten des Klägers, wodurch Dieſer jeden Schaden von ſeinem Vermögen hätte abwenden können, wird hier ganz mit Stillſchweigen übergangen. Dagegen wird die andere Frage aufgefaßt, ob der Zufall die Sache im Beſitze des Eigenthümers ebenfalls würde getroffen haben; dieſer Umſtand ſoll die Vergütung ausſchließen. In einem älteren Entwurf war Dieſes in der Art beſtimmt worden, daß der Kläger beweiſen ſolle, ihn würde der Zufall nicht betroffen haben. Späterhin iſt

es dahin abgeändert worden, daß der Beklagte die Thatsache zu beweisen hat, wovon seine Befreiung abhängt (n).

Es gilt jedoch eine Ausnahme dieser Ausnahme, also die unbedingte Nothwendigkeit der Vergütung, wenn der unredliche Besitz des Beklagten durch eine strafbare Handlung erworben wurde (o), womit hauptsächlich der Diebstahl gemeint ist.

§. 275.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — b. Verminderungen. Zeitpunkt der Schätzung.

In den Fällen, worin der Beklagte eine Verminderung in dem Gegenstande des Rechtsstreits zu vergüten hat (§ 272—274), ist stets eine Schätzung in Gelde erforderlich. Dieselbe ist nöthig bei jeder objectiven Verminderung, ohne Unterschied ob diese in einer totalen oder partiellen Zerstörung des Gegenstandes, oder in dem (der Zerstörung gleich wirkenden) Verlust des Besitzes besteht. Wie, auch ohne objective Verminderung, die bloße Veränderung des Preises zu behandeln ist (§ 272), wird am Schlusse untersucht werden. Ich beschränke mich zunächst noch auf den Fall der objectiven Verminderung, und will jetzt versuchen,

(n) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 241 Vgl. Simon Zeitschrift B. 3 S. 328. 329.

(o) A. L. R., Th. 1 Tit. 7 § 242. Vgl. Simon S. 332 Num. 12 (Bemerkung von Suarez).

den Zeitpunkt festzustellen, für welchen die Schätzung des zu vergütenden Werthes vorzunehmen ist.

Die Frage nach diesem Zeitpunkt hatte für das mittlere R. R. eine viel ausgedehntere Anwendung und Wichtigkeit als für das älteste, so wie für das Justinianische und heutige Recht. Da nämlich in der Zeit des Formularprozesses alle Verurtheilung nur auf baares Geld gerichtet werden durfte (a), so war damals eine Schätzung in Geld auch da nöthig, wo der ursprüngliche Gegenstand des Rechtsstreits gar keine Verminderung erlitten hatte; im Justinianischen und heutigen Recht dagegen, so wie in der ältesten Zeit, ist die Schätzung nur im Fall einer solchen Verminderung erforderlich, weil außerdem das Urtheil auf den ursprünglichen Gegenstand selbst unmittelbar gerichtet wird.

Ich will eine Uebersicht der für den Zeitpunkt der Schätzung geltenden Regeln voraus schicken; dadurch wird es leichter werden, die nicht geringen Schwierigkeiten zu überwinden, die mit der Begründung jener Regeln durch die Aussprüche unsrer Rechtsquellen verbunden sind.

Der Regel nach ist zu unterscheiden zwischen den strengen und freien Klagen. Bei den strengen richtet sich die Schätzung nach der Zeit der L. C., bei den freien nach der Zeit des rechtskräftigen Urtheils.

Zwei Ausnahmen sind auf beide Regeln anzuwenden. Wenn durch Vertrag eine bestimmte Zeit der Erfüllung für eine Obligation vorgeschrieben war, so ist diese Zeit

(a) Gajus IV. § 48.

auch für die Schätzung maaßgebend. — Wenn ſich der Schuldner in Mora befindet, ſo hat der Gläubiger die Wahl, ob die Schätzung nach den oben angegebenen regelmäßigen Zeitpunkten, oder vielmehr nach dem Anfangspunkt der Mora, vorgenommen werden ſoll; natürlich wird er den Zeitpunkt wählen, der auf die höhere Summe führt. In einem einzelnen Fall (bei dem Diebſtahl) kommt ſogar eine noch ſtrengere Behandlung des Schuldners zur Anwendung.

Alle dieſe Regeln gelten jedoch nur für die perſönlichen Klagen aus Rechtsgeſchäften (Verträgen und Quaſicontracten), ſo wie für die Klagen in rem; für die perſönlichen Klagen aus Delicten ſind andere Regeln anzuwenden, indem ſich bei ihnen die Schätzung mehr an die Zeit des begangenen Delicts anſchließt.

Die hier zuſammengeſtellten Vorſchriften ſollen nunmehr im Einzelnen dargeſtellt, und zugleich durch quellenmäßige Zeugniſſe begründet werden.

Für die als Regel an die Spitze geſtellte Unterſcheidung der ſtrengen und freien Klagen findet ſich eine ſo klare und principielle Entſcheidung in folgender Stelle des Ulpian (b), wie ſie in vielen anderen Rechtslehren nicht anzutreffen iſt, wo eine ſolche vielmehr erſt aus der Beurtheilung einzelner Rechtsverhältniſſe abſtrahirt werden muß:

„In hac actione, *sicut in ceteris bonae fidei judiciis*.

(b) *L.* 3 § 2 *commod.* (13. 6) aus Ulpianus lib. XXVIII. ad ed. Die Stelle ſpricht zunächſt vom Commodat, knüpft aber daran einen durchgreifenden allgemeinen Grundſatz.

similiter in litem jurabitur: *et rei judicandae* (c) *tempus* quanti res sit, observatur: quamvis *in stricti juris judiciis* (d) *litis contestatae tempus spectetur*."

Ehe ich andere, beſtätigende Stellen hinzufüge, will ich an dieſe Hauptſtelle noch einige allgemeine Bemerkungen anknüpfen.

a) Die für die bonae fidei judicia aufgeſtellte Regel wird hier offenbar als die billigere, der neueren Rechtsentwicklung angemeſſene, betrachtet. Daher würde es ganz unrichtig ſeyn, ſie als ein Privilegium der dieſen beſonderen Namen (bonae fidei) führenden Klagen anzuſehen. Sie iſt vielmehr unbedenklich auch anzuwenden auf die Klagen in rem, ſo wie auf die prätoriſchen und die extraordinären Klagen, alſo auf die freien Klagen überhaupt. Dieſes iſt beſonders einleuchtend für diejenigen freien Klagen, welche zugleich arbitrariae ſind, weil bei dieſen durch eine beſondere Anſtalt auf die freiwillige Erfüllung vor dem Urtheil hingewirkt wird; dieſe Einrichtung würde mit einer Schätzung nach der Zeit der L. C. ganz im Widerſpruch ſtehen.

b) Das ganze Rechtsinſtitut der L. C. dient im Allgemeinen dazu, den Vortheil des Klägers zu befördern (§ 260. No. II.): Sehen wir zu, inwiefern dieſe allgemeine

(c) Die Vulgata lieſt *judicatae*; beide Leſearten ſind gleich annehmbar.

(d) Über dieſe Leſeart vgl. oben B. 5 S. 462. Dieſelbe gehört der Vulgata an; die Florentina lieſt blos: *in stricti* mit allzu harter Auslaſſung der Worte: *juris judiciis*. Der Sinn iſt in beiden Leſearten nicht verſchieden.

Richtung bei der Anwendung unſrer Regel feſt gehalten wird, oder welches der Grund einer Abweichung ſeyn mag.

Nehmen wir an, daß bei einer ſtrengen Klage die Preiſe von der Zeit der L. C. an ſtets ſinkend geweſen ſind, ſo wird jener Zweck unmittelbar erreicht; der Kläger erhält nun wirklich den höheren Preis, den er zur Zeit der L. C. erwarten konnte, und er wird gegen den Verluſt geſchützt, den er durch die Dauer des Rechtsſtreits erlitten haben würde. Nehmen wir umgekehrt ſteigende Preiſe an, ſo entgeht allerdings dem Kläger der Gewinn, den er aus dem Steigen hätte ziehen können; allein der Zweck iſt auch überhaupt nicht die Zuwendung eines Gewinnes, ſondern nur die Abwendung des eben erwähnten Schadens.

Bei den freien Klagen wird im Fall ſinkender Preiſe der Verluſt des Klägers, der aus der Dauer des Rechtsſtreits hervorgeht, *nicht* abgewendet. Man kann dieſe Abweichung von dem Grundſatz der ſtrengen Klagen und von deſſen Folgen aus der Rückſicht erklären, daß dem Beklagten nicht die aus redlichem Bewußtſeyn hervorgehende Vertheidigung ſeiner Anſprüche durch eine Art von Strafdrohung erſchwert werden ſollte (e). Dieſe Auffaſſung wird unterſtützt dnrch den Grundſatz der Sabinianer: omnia judicia esse absolutoria (f), d. h. das freiwillige

(e) *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5, 3). „Nec enim debet possessor . . . indefensum jus suum relinquere“ (ſ. o. S. 180). Der ſinkende Preis iſt analog dem zufälligen Untergang der Sache.

(f) Gajus IV. § 114.

Nachgeben sollte stets, und während der ganzen Dauer des Rechtsstreits, die Freisprechung bewirken. In diesem Grundsatz lag gewissermaßen die Beförderung der freiwilligen Erfüllung durch eine Art von Prämium, welche Beförderung bei den arbiträren Klagen ohnehin noch durch deren besondere Einrichtung unterstützt wurde (g).

Wir finden also hier einen Conflict zwischen zwei verschiedenen Zwecken und Principien, die auf entgegengesetzte Folgen hinführten. Dem in den freien Klagen befolgten Princip aber wurde bei fortgehender Rechtsentwicklung der überwiegende Werth zugeschrieben. — Im heutigen Recht kann ohnehin nur noch von diesem Princip die Rede seyn.

c) So verschieden auch die beiden, für zwei Arten der Klagen aufgestellten, Regeln seyn mögen, so bilden sie doch einen gemeinsamen Gegensatz gegen eine andere, gleichfalls denkbare, Bestimmung, die also durch sie gleichmäßig verneint werden soll. Dieses ist der Anfang der Obligation, nach dessen Zeitpunkt auch wohl die Schätzung versucht werden könnte (h). Der Hauptgedanke ist also dieser: es soll die Schätzung nicht nach dem Zeitpunkt der ent-

(g) Wenn die streitige Sache noch vorhanden war, so konnte ohnehin auch bei den strengen Klagen der Beklagte durch Anwendung dieses Grundsatzes jeden Verlust von sich abwenden. Der Verlust trat also nur dann ein, wenn entweder der Beklagte Dieses hartnäckig unterließ, oder die Sache nicht mehr vorhanden war.

(h) Dieser Zeitpunkt ist bei den Delictsklagen wirklich berücksichtigt worden, wie unten gezeigt werden wird. Hier ist nur von den persönlichen Klagen aus Rechtsgeschäften, und von Klagen in rem die Rede.

ſtandenen Obligation vorgenommen werden, ſondern vielmehr — nach der Zeit des Rechtsſtreits, wobei ſich nun die untergeordnete Differenz zeigt, daß in den ſtrengen Klagen nach der Zeit der L. C., in den freien nach der Zeit des Urtheils, geſchätzt wird. Die Rechtfertigung jenes Gedankens liegt aber darin, daß es dem Gläubiger ſelbſt eine Zeit lang gleichgültig oder ſelbſt vortheilhaft ſcheinen kann, die Erfüllung einſtweilen nicht zu verlangen, daß es aber ſtets in ſeiner Macht ſteht, die Klage anzuſtellen, und dadurch unter andern auch die Schätzungszeit zu fixiren.

d) Dieſe letzte Bemerkung iſt nicht unwichtig, indem ſie einen natürlichen Anknüpfungspunkt darbietet zur Erklärung und Begründung der oben angegebenen zwei Ausnahmen. — Wenn nämlich in dem Vertrag die Zeit der Erfüllung beſonders beſtimmt iſt, ſo liegt darin zugleich die vorbedachte Anerkennung des Zeitpunktes, in welchem die Erfüllung von dem Gläubiger erwartet wird und für ihn Werth hat, wodurch alſo der oben angegebene Zuſtand des unbeſtimmten Willens des Gläubigers ausgeſchloſſen iſt. Daſſelbe gilt von dem Fall der Mora; denn wenn der Kläger, auch nur außergerichtlich, zur Erfüllung auffordert, ſo fixirt er dadurch gleichfalls den Zeitpunkt der Schätzung, indem außerdem der Schuldner von ſeiner rechtswidrigen Zögerung Vortheil ziehen würde.

e) Die hier aufgeſtellten Anſichten und Rechtsregeln haben auch in dem Römiſchen Formelweſen ihren gegenſätzlichen Ausdruck gefunden, welches ſich theils beſtimmt

nachweisen, theils sehr wahrscheinlich machen läßt. Der Ort der Formel, an welchem der Prätor über die Zeit der Schätzung eine Anweisung zu geben hatte, war unstreitig die Condemnatio, und hier mußte die Anweisung anders gefaßt werden, je nachdem man die Schätzung in die Vergangenheit setzen wollte (die Zeit der entstandenen Obligation), oder in die Gegenwart (Zeit der L. C.), oder in die Zukunft (Zeit des Urtheils). Für diese verschiedene Möglichkeiten boten sich folgende Ausdrücke dar:

quanti res *fuit*,
quanti res *est*,
quanti res *erit*
} condemna.

Der erste dieser Ausdrücke ist auch wirklich gebraucht worden bei einer Delictsklage, der actio legis Aquiliae, in welcher der Werth zur Zeit des begangenen Delicts maaßgebend seyn sollte, nur noch mit einer gewissen Ausdehnung zum Nachtheil des Schuldners, und als Strafe für denselben (i).

(i) *L.* 2 *pr. ad L. Aqu.* (9.2) „quanti id in eo anno plurimi *fuit*, tantum aes domino dare damnas esto." — *L.* 27 § 5 *eod.* „quanti ea res *fuit* in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto." In beiden Fällen sollte von der Zeit des (in der Vergangenheit liegenden) Delicts zurück gerechnet werden. — Allerdings liest in der zweiten angeführten Stelle sowohl die Florentina, als die Vulgata: *erit* anstatt *fuit*. Nur Haloander hat *fuit*. Allein die Richtigkeit dieser letzteren Lesart wird ganz außer Zweifel gesetzt durch die gleich nachfolgenden Worte Ulpians aus dem Commentar zu dieser Gesetzesstelle: „haec verba: quanti in triginta diebus proximis *fuit*" rel. (*L.* 29 § 7 *eod.*, eben so wie die vorige Stelle aus Ulpianus lib. XVIII. ad ed.)

Der dritte Ausdruck wurde auch wirklich gebraucht bei den freien Klagen, von welchen wir aus unſrer Regel ohnehin wiſſen, daß bei ihnen die Schätzung auf die Zeit des Urtheils gerichtet werden ſollte (k).

Erwägt man dieſe erweislich gebrauchten Ausdrücke, ſo wird man kaum zweifelhaft darüber ſeyn können, daß der in der Mitte liegende zweite Ausdruck (quanti res est) bei den ſtrengen Klagen angewendet wurde; denn für dieſe wurde nach unſrer ſicheren Regel die Schätzung auf die Zeit der L. C. gerichtet, welche für den die Formel feſtſtellenden Prätor die Gegenwart war. Für dieſe letzte Behauptung kann ich allerdings ein beweiſendes Zeugniß nicht vorbringen, welches jedoch blos aus der großen Armuth an aufbewahrten wirklichen Formeln überhaupt herrührt. Jeder andere Ausdruck würde an dieſer Stelle faſt unmöglich ſeyn, da er einen entſchieden falſchen, unſrer ſicheren Regel widerſprechenden, Gedanken enthalten müßte.

Ich will jetzt noch einige andere Stellen angeben, worin die von Ulpian aufgeſtellte Regel über die Schätzungszeit in einzelnen Anwendungen beſtätigt wird. — Mit dieſen aber ſollen zugleich die Zeugniſſe für die erſte Ausnahme jener Regeln (im Fall der vorbeſtimmten Zeit der Erfüllung)

(k) Gajus IV. § 47 bei der actio depositi in factum concepta: „quanti ea res *erit*, tantam pecuniam . . . condemnato.“ — Gajus IV. § 51 bei der Eigenthumsklage und der actio ad exhibendum: „quanti ea res *erit*, tantam pecuniam . . . condemna.“

zuſammengefaßt werden, weil in der That mehrere Stellen die Regel und dieſe erſte Ausnahme neben einander ausſprechen:

1. Bei der Stipulation einer beſtimmten Sache ſpricht Africanus die Regel in folgenden Worten aus (l):

   „Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur.“

2. Bei der Stipulation auf Wein und andere Quantitäten hat Gajus die Regel und die erſte Ausnahme, mit dem Zuſatz, daß Daſſelbe auch bei allen anderen Sachen gelte (m):

   „Si merx aliqua, quae *certo die* dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset *eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc cum judicium acciperetur* . . . Quod et de ceteris rebus juris est.“

3. Bei einem Darlehen auf Wein drückt Julian die Regel und die erwähnte Ausnahme aus, mit ausdrücklicher Verneinung der Zeit des Contracts, ſo wie des Urtheils (n):

   „Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est: quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret: utrum cum *datum* esset, an cum

(l) *L.* 37 *mandati* (17. 1).
(m) *L.* 4 *de cond. tritic.* (13. 3).
(n) *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1).

Die kleine Lücke in der Florentiniſchen Handſchrift kann keinen Zweifel erregen.

litem contestatus fuisset, an cum *res judicaretur?* Sabinus respondit, *si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc cum petitum esset.*“

4. Die Ausnahme allein, bei einer Stipulation in diem oder sub conditione, wird anerkannt von Julian und von Celſus (o).

Nachdem ſowohl die Regel, als die erſte Ausnahme (die vertragsmäßig beſtimmte Erfüllungszeit betreffend) dargeſtellt worden iſt, bleibt noch die Unterſuchung der zweiten Ausnahme übrig, welche ſich auf den Fall der Mora des Schuldners (p) bezieht. Daß überhaupt eine ſolche Ausnahme gilt, und daß ſie auf eine nachtheiligere Behandlung des Schuldners, in Vergleichung mit der außerdem geltenden Regel, gerichtet iſt, darüber iſt kein Streit. Der Nachtheil ſoll überhaupt unſtreitig darin beſtehen, daß der Gläubiger zwiſchen verſchiedenen Zeitpunkten für die Schätzung die Wahl haben, d. h. den vortheilhafteſten Zeitpunkt zu wählen berechtigt ſeyn ſoll. Welches aber die verſchiedenen, zur Auswahl ſtehenden, Zeitpunkte ſind, darüber haben ſich zwei Meinungen gebildet. — Nach der

(o) *L.* 59 *de verb. obl.* (45. 1), *L.* 11 *de re jud.* (42. 1).

(p) Ich ſpreche hier blos von dieſer, welche allein von practiſcher Erheblichkeit iſt. Für die Mora des Gläubigers (im Abnehmen der Sache) gilt aber dieſelbe Ausnahme wie für die des Schuldners, nämlich daß ihm ſeine Mora keinen Vortheil bringen ſoll, d. h. daß der Gegner zwiſchen zwei Zeitpunkten der Schätzung die Wahl hat. Nur ſind hierüber die Stellen weniger klar und entſcheidend. *L.* 37 *mand.* (17. 1), *L.* 3 § 4 *de act. emt.* (19. 1).

einen Meinung ſoll der Gläubiger die Wahl haben zwiſchen dem Zeitpunkt der Mora, und demjenigen Zeitpunkt, welcher ohne Mora nach der allgemeinen Regel gelten würde. Nur in dem einzigen Fall, wenn mit der condictio furtiva gegen den Dieb geklagt wird, ſoll dieſe Ausnahme noch dadurch geſchärft werden, daß der höchſte Werth der ganzen Zwiſchenzeit (nicht blos der unter jenen zwei einzelnen Zeitpunkten) vergütet werden ſoll (q). — Die zweite Meinung geht dahin, die ſo eben bei dem Diebe erwähnte ſtrengere Behandlung bei jeder Mora allgemein eintreten zu laſſen, ſo daß in jedem Fall der Mora der Schuldner den höchſten Werth bezahlen müßte, welchen die Sache in der ganzen Zwiſchenzeit jemals erreicht hat (r).

Ich nehme die erſte Meinung, welche zwiſchen dem Diebe und den übrigen Schuldnern unterſcheidet, als richtig an, und gründe dieſelbe zunächſt auf folgende einzelne Zeugniſſe.

I. Von dem Fall der Mora im Allgemeinen handeln dieſe Stellen:

1. *L.* 3 § 3 *de act. emti* (19. 1):

„Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus tra-

(q) Donelli Comm. in var. tit. Dig. Antverp. 1582. f. Lib. 12 T. 1 L. 22 N. 26 p. 157. — Schulting theses contr. Th. 37 N. 8 (Comment. ac. T. 3 p. 118). — Madai Mora § 48, der gleichfalls zwiſchen dem Diebe und anderen Schuldnern unterſcheidet, außerdem aber manches Unrichtige beimiſcht.

(r) Huber praelect. Pand. XII. 3. § 7—11. — Glück B. 13 § 844. — Thibaut § 99 ed. 8, und Braun zu Thibaut § 103. — Puchta Pandekten § 268 Note f. — Buchka Einfluß des Prozeſſes S. 187—198.

deret, condemnari eum oportet, *utro tempore* pluris vinum fuit, *vel* quo venit (s), *vel* quo lis in condemnationem deducitur (t): item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur."

In dieſer Stelle iſt augenſcheinlich nur von der Wahl zwiſchen zwei einzelnen Zeitpunkten die Rede, durchaus nicht von den in die Zwiſchenzeit fallenden Veränderungen. Dafür ſpricht auch die völlige Gleichſtellung der Zeit mit dem Orte, indem bei dieſem letzten offenbar nur die Wahl zwiſchen zwei einzelnen Orten in Frage kam, nicht auch die zwiſchen allen in der Mitte liegenden Orten.

2. *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1):

„Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat ... nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum *hodie pluris sit:* merito: quia sive datum esset, haberem emptor, sive non: quoniam saltem *hodie dandum est,* quod iam olim dari oportuit."

(s) Dabei wird ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß die Ablieferung auf der Stelle gefordert worden ſey, die Zeit des Contracts alſo mit der Mora zuſammenfalle. Sonſt würde die Mora als gleichgültig gedacht werden müſſen, welches gewiß nicht die Meinung des Pomponius iſt, der ja gleich in den Anfangsworten die Mora als Bedingung der nachfolgenden Ausſprüche angiebt.

(t) *Lis* in condemnationem deducitur heißt: der bisher geführte Rechtsſtreit wird zur Condemnation gebracht; es iſt eine Umſchreibung der Zeit des Urtheils. — *Res* in judicium, oder auch in intentionem condemnationemve deducitur (*L.* 2 *pr. de exc.*) heißt: Das Rechtsverhältniß wird gerichtlich anhängig gemacht, in einen Rechtsſtreit verwandelt; es iſt eine Umſchreibung der L. C.

Auch in dieſer Stelle iſt keine Rede von den ſchwankenden Preiſen der Zwiſchenzeit; es wird nur verglichen der Preis zur Zeit der Mora, mit dem Preiſe welcher hodie ſtattfindet; d. h. zur Zeit des Urtheils, für deſſen richtigen Inhalt ja eben hier eine Anweiſung gegeben werden ſoll.

3. *L.* 37 *mandati* (17. 1):

„Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet."

Der Zweck der ganzen Ausnahme wird hier richtig darin geſetzt, daß dem Schuldner ſeine rechtswidrige Verzögerung keinen Vortheil bringen dürfe; dieſer Zweck aber wird vollſtändig erreicht durch die Wahl des Klägers zwiſchen den zwei angegebenen Zeitpunkten, auf welche allein auch in der angegebenen Stelle hingedeutet wird.

4. *L.* 3 *de cont. tritic.* (13. 3) (u).

II. Die Mora bei dem Diebe wird in folgender Stelle behandelt (v):

(u) Dieſe wichtige Stelle wird erſt in dem folgenden §. erklärt, und dann auch für den gegenwärtigen Zweck benutzt werden.

(v) *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* (13. 1) von Ulpian. — Eben ſo bei der actio rerum amotarum nach folgender Stelle, die zugleich den im Text aufgeſtellten Satz ſelbſt beſtätigt. *L.* 29 *rer. amot.* (25. 2) von Tryphonin: „Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier ... sed si pluris factae (res) non

„Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, *id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit:* maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: *semper enim moram fur facere videtur.*“

Ich füge dieſen einzelnen Stellen noch eine allgemeine Betrachtung hinzu. Diejenigen, welche die für den Dieb vorgeſchriebene ſtrengſte Behandlung auf alle Fälle der Mora anwenden wollen, gehen dabei von der Anſicht aus, daß der Kläger, wenn er die Sache zur rechten Zeit bekommen hätte, den Augenblick des höchſten Preiſes der Zwiſchenzeit zum Verkauf hätte benutzen können; wie verſchiedene Wendungen auch für dieſe Anſicht in neuerer Zeit verſucht worden ſind. Allein die Vorausſetzung, daß er dieſen Vortheil wirklich benutzt haben würde, iſt ſehr willkührlich und unwahrſcheinlich; gewiß ungleich unwahrſcheinlicher,

restituuntur, quae amotae sunt, *crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei.*“ — Bedenklich iſt folgende, auch von Ulpian herrührende Stelle: *L.* 2 § 3 *de priv. del.* (47. 1). Es wird aus Pomponius angeführt, durch die cond. furtiva werde die a. L. Aquiliae wegen derſelben Sache nicht ausgeſchloſſen: „namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit: condictio autem ex causa furtiva *non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.*“ Daß hier die Zurückrechnung verneint wird, iſt unbedenklich; daß aber die Schätzung auf die Zeit der L. C., (anſtatt des Verbrechens) geſtellt wird, widerſpricht geradezu den übrigen Stellen, ſowohl über die Condiction als über die furti actio. Wahrſcheinlich iſt dieſe Angabe blos ein Stück der aus Pomponius angeführten Meinung, welches Ulpian mit aufnimmt, ohne es gerade zu billigen. Es muß dann hierüber eine Controverſe beſtanden haben, wohin auch das Placet in *L.* 8 § 1 *de cond. furt.* zu deuten ſcheint.

als die oben erwähnte Annahme, daß er überhaupt verkauft haben könnte (S. 184. 190). Für den gerechten Anspruch des Klägers ist genug gethan, wenn demselben zwischen zwei Zeitpunkten die Wahl gelassen wird, insbesondere da es ja immer von seinem freien Entschluß abhängt, die Klage zu der Zeit anzustellen, worin er es gerade am vortheilhaftesten findet.

Dagegen hat die hier vertheidigte Unterscheidung zwischen dem Diebe und allen übrigen Schuldnern folgenden inneren Grund. Der Dieb ist so zu betrachten, als ob er in jedem Augenblick seinen Diebstahl wiederholte. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob die gegen ihn geltenden Klagen ins Unendliche vervielfältigt, und dadurch zu einem völlig schrankenlosen Ertrag gebracht werden dürften, welches widersinnig seyn würde. Es hat vielmehr den Sinn, daß er in jedem Augenblick denselben (nicht einen neuen) Diebstahl wirklich begeht, so daß der Bestohlene völlig in seinem Rechte ist, wenn er sich den vortheilhaftesten Zeitpunkt aussucht, um zu behaupten, daß der Diebstahl gerade damals begangen worden sey. Dies ist der wahre Sinn der so eben mitgetheilten Worte: semper enim moram fur facere videtur. Diese Worte sollen eine eigenthümliche Verpflichtung des Diebes bemerklich machen. Deswegen dürfen sie nicht verstanden werden von der stetigen Fortdauer und Wirksamkeit der Mora überhaupt; denn diese Natur hat die Mora auch bei allen übrigen Schuldnern. Sie bekommt ihre wahre Bedeutung durch die eben gegebene Erklärung,

deren Richtigkeit ſogleich noch durch eine Stelle über die Delictsklage aus dem Diebſtahl (die actio furti) außer Zweifel geſetzt werden wird. — Ein rein practiſcher Grund der härteren Behandlung des Diebes, gerade in der hier vorliegenden Beziehung, liegt auch noch darin, daß meiſt der Beſtohlene den Dieb lange Zeit nicht kennt, die Anſtellung der Klage alſo nicht ſo, wie bei anderen Klagen, in ſeiner Macht ſteht. Derſelbe Grund hat auch veranlaßt, daß in dieſem Fall die Mora ohne Interpellation entſtehen ſoll.

Die ganze bisherige Unterſuchung beſchränkte ſich auf die perſönlichen Klagen aus Rechtsgeſchäften und die Klagen in rem. Es bleibt nur noch übrig, mit wenigen Worten von der Schätzungszeit bei den Delictsklagen zu ſprechen. Hier iſt als feſter Zeitpunkt, von welchem ausgegangen werden muß, nicht der Rechtsſtreit (wie bei den bisher betrachteten Klagen), ſondern vielmehr die begangene That zu betrachten, jedoch mit einigen Modificationen zum Nachtheil des Schuldners. Wir finden hierüber folgende Zeugniſſe:

A. Bei der actio L. Aquiliae richtet ſich die Schätzung nach der Zeit der begangenen That, jedoch ſo, daß dabei zugleich der höchſte Werth innerhalb eines gewiſſen rückwärts liegenden Zeitraums berückſichtigt wird (w).

(w) *L.* 21 § 1 *ad L. Aquil.* (9. 2).

B. Bei der actio furti wird gleichfalls der Zeitpunkt der begangenen That zum Grunde der Schätzung gelegt (x). Wenn jedoch in der nachfolgenden Zeit die Sache einen höheren Werth bekommt, so muß dieser höhere Werth zum Grund gelegt werden, da auch in dieser späteren Zeit der Diebstahl wirklich begangen worden ist (y):

„. . . Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur: *quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.*"

In diesen letzten Worten ist die vollständige Bestätigung der vorher für die Mora bei der condictio furtiva aufgestellten Behauptung unverkennbar enthalten.

Wenn wir zum Schluß erwägen, in wiefern die hier über die Schätzungszeit aufgestellten Regeln auch noch im heutigen Recht anwendbar sind, so können wir über folgende Annahme kaum zweifelhaft seyn. Zwei Regeln sind es, welche ihre practische Bedeutung für uns verloren haben: die eigenthümliche Behandlung der strengen Klagen, weil wir solche nicht mehr haben; imgleichen die für die Delictsklagen aufgestellten Regeln, weil auch diese für uns verschwunden sind. Alles Übrige, also der bei weitem größte Theil der über die Schätzungszeit aufgestellten Re-

(x) *L.* 9 *de in litem jur.* (y) *L.* 50 *pr. de furtis* (47. 2). (12. 3).

geln, iſt für uns völlig eben ſo anwendbar, wie er es im R. R. war.

§. 276.

Wirkung der L. C. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. Zeitpunkt der Schätzung. L. 3 de cond. tritic.

In der eben angeſtellten Unterſuchung über den Zeitpunkt der Schätzung (§ 275) waren zwar einzelne Fragen vielfach beſtritten worden; die Hauptpunkte aber ſchienen feſt und gewiß, welches namentlich von der allgemeinſten Regel behauptet werden mußte, nach welcher für die ſtrengen Klagen die L. C., für die freien Klagen das Urtheil, den Zeitpunkt der Schätzung beſtimmen ſollte. Über dieſe Hauptregel war ein ſo klarer, unzweideutiger Ausſpruch vorhanden (§ 275. b), daß daneben für keinen möglichen Zweifel Raum übrig zu bleiben ſchien.

Dieſe beruhigende Sicherheit aber wird ſehr erſchüttert durch eine Stelle des Ulpian, welche für den dem alten, ſtrengen Recht angehörenden Theil jener Regel, worin am wenigſten Zweifel zu erwarten waren, gerade das Gegentheil zu ſagen ſcheint. Die Stelle fängt nämlich an mit folgenden Worten (a):

„In hac actione si quaeratur, res quae petita est cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis* tempus spectandum.“

(a) *L.* 3 *de cond. trit.* (13. 3) aus Ulpianus lib. XXVII. ad ed.

Digitized by Google

Es ist hier von keiner anderen Klage die Rede, als von der condictio triticaria, d. h. von einer strengen Klage, womit irgend etwas Anderes als eine bestimmte Geldsumme gefordert wird (b); ohne Zweifel wird dabei eine Stipulation als Grund der Klage vorausgesetzt. — Daß aber in der That an keine andere als diese Klage gedacht werden kann, folgt nicht etwa blos aus dem Digestentitel, in welchen die Stelle aufgenommen ist (denn Dieses könnte auf einem Versehen der Compilatoren beruhen), sondern auch aus dem Umstand, daß die Stelle demselben Theil eines Werks des Ulpian angehört, wie eine andere Stelle, die unmittelbar vorher ausführlich von jener Klage handelt (Note a. b).

Von dieser Condiction nun sagt hier Ulpian, es müsse die Schätzung auf die Zeit der Condemnation gerichtet werden, also auf die Zeit des Urtheils, nicht wie man erwarten mußte, auf die Zeit der L. C.

Dieser schneidende und unerwartete Widerspruch hat von jeher die größten Bemühungen zur Beseitigung desselben hervorgerufen; die meisten derselben sind aber so willkührlich und bodenlos, daß es kaum begreiflich ist, wie man sich damit hat begnügen können.

So ist behauptet worden, die condictio triticaria sey gar nicht stricti juris, sondern bonae fidei, und sie gehöre

(b) *L.* 1 *pr. de cond. trit.* (13. 3), welche aus demselben Buch des Ulpian ad ed. genommen ist, wie die *L.* 3 *cit.* — Vgl. oben B. 5 S. 622. 626.

dem jus gentium an (c): eine Behauptung, die ſelbſt vor der Entdeckung des Gajus völlig unerlaubt war.

Andere haben geſagt, die verſchiedene Schätzungszeit richte ſich gar nicht nach dem Unterſchied der ſtrengen und freien Klagen, ſondern nach dem Gegenſtand der Obligation; bei Quantitäten ſoll nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden, bei individuellen Sachen nach der Zeit des Urtheils (d). Dabei wird die Hauptſtelle des Ulpian, welche die allgemeinſte Regel in klarem, unzweideutigem Ausſpruch enthält (§ 275. b) durch willkührliche Behandlung in den Hintergrund gedrängt, beſonders aber wird die Stelle des Gajus (§ 275. m) ohne die ihr gebührende Beachtung gelaſſen, welche zuerſt von der Condiction auf Quantitäten ſagt, daß nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden müſſe, und dann die entſcheidenden Worte hinzufügt: quod et de ceteris rebus juris est (e).

(c) Cocceji jus controv. XIII. 3 qu. 2 mit der Anmerkung von Emminghaus. Hier kamen die wunderlichſten und bodenloſeſten Anſichten über die Claſſification der Klagen vor.

(d) Dieſe ſchwer zu begreifende Meinung findet ſich bei Donellus, der ſich an mehreren ſeiner Schriften ſehr weitläufig mit dieſer Stelle beſchäftigt hat. Donelli comm. in var. tit. Dig. Antverp. 1582. f, und zwar Lib. 12 T. 1 L. 22 N. 5. 19. 21—26, und Lib. 13 T. 3 L. 3 N. 12. 13. 25. Von der erſten dieſer zwei Stellen wird ſogleich erwähnt werden, welche Merkwürdigkeit ſie außerdem darbietet.

(e) Es wird überhaupt bei den Erklärungsverſuchen zu dieſer Stelle recht anſchaulich, wie im R. R. aller Erfolg der Quellenforſchung davon abhängt, die vorzugsweiſe entſcheidenden Stellen heraus zu finden, an die Spitze zu ſtellen, und feſtzuhalten, dabei aber mit völliger Unbefangenheit zu verfahren, anſtatt daß die Meiſten, in ſchwierigen Fällen wie der vorliegende, vorgefaßte Theorien fertig mitbringen, und dieſen die Quellenzeugniſſe gut oder ſchlecht anzupaſſen ſuchen.

Digitized by Google

Andere haben das Daſeyn einer Mora, welches augenſcheinlich erſt in dem Fortgang der Stelle mit in die Betrachtung gezogen wird, und dann zu ganz anderen Regeln führt, mit in dieſen erſten Satz herein gezogen, und dadurch den inneren Zuſammenhang der Stelle gänzlich zerſtört (f).

Neuerlich iſt der Verſuch gemacht worden, der Stelle durch Emendation des Textes zu helfen (g). Es ſoll geleſen werden: contestationis, anſtatt condemnationis, wodurch die oben aufgeſtellte Hauptregel auch in unſrer Stelle eine einfache Beſtätigung erhielte. Allein erſtens fehlt es an jeder Erklärung, wie in alle Handſchriften ohne Ausnahme die Veränderung jenes Wortes gekommen ſeyn ſollte, ohne auch nur in kleinen Abweichungen der Handſchriften irgend eine Spur zu hinterlaſſen; ein Bedenken, das durch die geringe Zahl der zu verändernden Buchſtaben nicht gehoben wird. Zweitens kommt contestatio allein, ohne den Zuſatz von litis oder judicii, in dieſer Bedeutung anderwärts nicht vor (§ 257. f).

Man könnte auch noch den Verſuch machen, den ſcheinbaren oder wirklichen Widerſpruch daraus zu erklären, daß eine Controverſe einzelner Juriſten, oder eine Aenderung des älteren R. R. durch das neuere, angenommen würde. Allein jeder Verſuch ſolcher Art muß

(f) Cujacius in L. 59 de verb. oblig. — Glück B. 13 § 844 S. 271—300. — Liebe Stipulation S. 54. 55.

(g) Huſchke in der Zeitſchrift von Linde B. 20. S. 267.

ſogleich aufgegeben werden, wenn man erwägt, daß gerade die zwei Hauptſtellen, auf deren Vereinigung es ankommt, aus zwei ganz nahe an einander liegenden Stücken eines und deſſelben Werks von Ulpian hergenommen ſind (h).

Das ganze Gewicht unſrer Stelle und die ganze Schwierigkeit liegt in dem Ausdruck: condemnationis tempus. Condemnatio aber hat im R. R. zwei verſchiedene, wiewohl verwandte, Bedeutungen, für welche die Anwendung jenes Wortes völlig gleich berechtigt iſt, und die alſo auch mit gleichem Rechte vorausgeſetzt werden dürfen, wo es auf die Erklärung einer Stelle, die jenes Wort enthält, ankommt.

Condemnatio heißt zuerſt einer der Vier Haupttheile der formula, die practiſche Anweiſung des Prätors an den Judex über Verurtheilung oder Freiſprechung. Es iſt die condemnatio a praetore concepta.

Condemnatio heißt aber auch das vom Judex ausgeſprochene Urtheil, die res judicata, in ſofern das Urtheil gerade zum Nachtheil des Beklagten ausfällt. Es iſt die condemnatio a judice prolata, die Vollziehung des ihm vom Prätor gegebenen Auftrags.

Es iſt einleuchtend, daß die Erwähnung der erſten Art der condemnatio in die Juſtinianiſchen Rechtsbücher

(h) Unſre Stelle iſt aus dem 27., die *L.* 3 § 2 *commod.* aus dem 28. Buch des Ulpian ad edictum entnommen.

(i) Gajus IV. § 39. 43. 44.

eigentlich nicht mehr gehörte, aber auch ſehr begreiflich, wenn ſie daraus, wie ſo manches Andere, dennoch nicht gänzlich verſchwunden iſt. Wir haben ſogar eine Stelle, worin dieſe fortdauernde Erwähnung ganz unzweifelhaft iſt (k):

„Exceptio ... opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum (l) id, *quod in intentionem condemnationemve deductum est.*“

Setzen wir jene erſte Bedeutung in unſrer Stelle voraus, ſo iſt Alles klar, und der ſcheinbare Widerſpruch verwandelt ſich in vollſtändige Einſtimmung. Das condemnationis tempus iſt dann ſo viel als formulae conceptae tempus (indem nur der Theil für das Ganze genannt iſt), oder, mit anderen Worten, die Zeit der L. C., indem die Aufſtellung der Formel mit der L. C. ganz gleichzeitig iſt (m).

(k) *L.* 2 *pr. de except.* (44. 1) aus Ulpianus lib. LXXIV. ad ed. — Man könnte verſuchen, eben dahin zu beziehen die Worte der *L.* 3 § 3 *de act. emti:* „quo *lis* in condemnationem deducitur“; allein dieſe gehen in der That auf die Zeit des Urtheils, ſ. o. § 275. t.

(l) Die Florentina lieſt: cludendum, woraus man Emendationen hat bilden wollen; allein die hier aufgenommene Vulgata iſt unbedenklich.

(m) Es iſt ſehr merkwürdig, daß Donellus dieſe Bedeutung der condemnatio mit ſolcher Klarheit und Beſtimmtheit entwickelt hat, als ob er den Gajus vor ſich gehabt hätte. (S. o. Note d; die Stelle findet ſich in N. 26. p. 156). Aber eben ſo auffallend iſt es, daß er von dieſer ſeiner bewundernswürdigen Divination den verkehrteſten Gebrauch macht. Es fällt ihm nicht ein, die richtig aufgefundene Bedeutung von condemnatio auf unſre *L.* 3 *de cond. trit.* anzuwenden, um ſo deren Widerſpruch mit anderen Stellen zu beſeitigen; er wendet ſie vielmehr auf die *L.* 3 § 3 *de act.*

Ich bin weit entfernt, die Einwürfe zu verkennen, die ſich gegen dieſe Erklärung erheben laſſen, und die ich nunmehr einzeln prüfen will.

1. Man kann ſagen, Ulpian würde ſich durch die Wahl dieſes Ausdrucks einer gefährlichen Zweideutigkeit ſchuldig gemacht haben, indem er den Gegenſatz gegen das rei judicatae tempus durch ein Wort bezeichnet hätte, welches eben ſo leicht gerade von dieſer Zeit, die er ausſchließen wollte, verſtanden werden konnte.

Dieſer Einwurf würde Gewicht haben, wenn nothwendig angenommen werden müßte, daß dem Schriftſteller gerade dieſer Gegenſatz vorgeſchwebt habe. Allein bei der Stipulation, wie ſie hier vorauszuſetzen iſt, lag ein anderer Gegenſatz ſogar viel näher: dieſes iſt die Zeit des geſchloſſenen Contracts, an welche man bei der buchſtäblich bindenden Natur der Stipulation ſehr leicht denken konnte. Die vorherrſchende Rückſicht auf dieſen Gegenſatz erſcheint noch durch folgende Betrachtung beſonders natürlich und wahrſcheinlich. Zwiſchen dem Contract und der L. C. konnte eine lange Zeit in der Mitte liegen, und in dieſer konnten viele Veränderungen mit dem Gegenſtand vorgegangen ſeyn. Dagegen iſt dem Zeitraum zwiſchen der L. C. und dem Urtheil, bei einer ſo einfachen Sache wie die Stipulationsklage auf einen Sclaven, im Römiſchen Prozeß nur eine geringe Dauer zuzuſchreiben,

emti an, wohin ſie gar nicht gehört, und die durch dieſes irrige Verfahren einen ganz falſchen Sinn erhält.

die alſo auch nicht ſo leicht erhebliche Veränderungen in ſich ſchließen konnte. Wenn nun Ulpian gerade dieſen Gegenſatz vor Augen hatte und ausſchließen wollte (n), ſo war der Gebrauch des Ausdrucks condemnatio, um die Zeit der L. C. zu bezeichnen, ohne alle Gefahr.

2. War der Gebrauch des Ausdrucks condemnatio in dieſer Bedeutung auch nicht gefährlich, ſo könnte man ihn doch wegen der Seltenheit dieſes Sprachgebrauchs für unwahrſcheinlich halten.

Darauf iſt zu antworten, daß es eben ſo wenig gewöhnlich iſt, den Ausdruck condemnatio anſtatt res judicata zu gebrauchen, wo es auf die Bezeichnung des Zeitpunktes ankommt, indem faſt immer von res judicata allein, ohne Abwechſelung der Ausdrücke, geſprochen wird.

3. Noch mehr Schein endlich hat der Einwurf, daß es an einem Motiv fehle, weshalb Ulpian anſtatt des einfachen, ganz unbedenklichen, Ausdrucks: litis contestationis den mindeſtens künſtlichen, indirecten Ausdruck: condemnationis tempus gebraucht haben ſollte.

Es wird ſchwer ſeyn, bei jeder etwas ungewöhnlichen Redeweiſe, ſtets das Motiv anzugeben; hier aber fehlt es auch ſelbſt an einem ſolchen nicht. Der Ausdruck, der hier gewählt wurde, ſollte zugleich den Beweis der

(n) Ganz eben ſo findet es Julian nöthig, in *L.* 22 *de reb. cred.* (ſ. o. S. 207) die Zeit des Contracts, eben ſo wie die des Urtheils, ausdrücklich auszuſchließen, um die Zeit der L. C. als Regel aufzuſtellen. Durch dieſes Beiſpiel erhält der von mir vorausgeſetzte Gedanke des Ulpian noch größere Wahrſcheinlichkeit.

Wahrheit des ausgeſprochenen Satzes andeuten. Da es nämlich, je nach den verſchiedenen Zeitpunkten der Schätzung, dreierlei Condemnationsformen gab: quanti res *fuit*, oder *est*, oder *erit*, und im vorliegenden Fall die Condiction die zweite Form (quanti res *est*) mit ſich führte, alſo das Präſens gebrauchte (S. 205. 206), ſo folgte daraus von ſelbſt, daß hier die Schätzung nach der Zeit der condemnatio, d. h. der L. C., geſchehen ſollte. Der gebrauchte Ausdruck mußte in dieſer Beziehung für jeden Römiſchen Leſer ſogleich verſtändlich und überzeugend ſeyn, da die Faſſung der verſchiedenen Formeln aus dem täglichen Gebrauch Jedem geläufig war.

Nachdem nun der wichtigſte und ſchwierigſte Theil der Stelle behandelt iſt, wird es möglich ſeyn, den ganzen Inhalt derſelben im Zuſammenhang darzuſtellen, wozu eine vorläufige Ueberſicht den Weg bahnen ſoll.

Die Stelle ſpricht von der condictio triticaria aus der Stipulation einer Sache, die Anfangs unbeſtimmt gelaſſen, dann aber ſogleich als ein Sclave bezeichnet wird. — Die Schätzungszeit deſſelben ſoll beſtimmt werden. — Dieſes geſchieht erſtens für den Fall, wenn keine Mora vorhanden iſt, zweitens für den Fall der Mora. — Im erſten Fall wird weiter unterſchieden, ob der Sclave lebt oder todt iſt. — Daraus ergeben ſich drei Fälle überhaupt. Im Fall des Lebens ohne Mora iſt nach der Zeit der L. C. zu ſchätzen. Im Fall des Todes ohne Mora nach der Zeit des Todes. Im Fall der Mora darf der Kläger, wenn

die Zeit der Mora einen höheren Werth ergiebt, dieſe Zeit für die Schätzung in Anſpruch nehmen, der Sclave mag leben oder todt ſeyn. — Dieſe Sätze ſollen jetzt im Einzelnen in der Stelle nachgewieſen und näher beſtimmt werden.

Erſter Fall. Der Sclave lebt, und es iſt keine Mora vorhanden. Nun wird nach der Zeit der L. C. (condemnationis tempus) geſchätzt.

„In hac actione . . . spectandum.“ Dieſer Theil iſt ſchon ausführlich erklärt worden.

Zweiter Fall. Der Sclave iſt geſtorben, und es iſt keine Mora vorhanden.

„Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus . . erit spectandum“ . . . (o).

Hier kommt es darauf an, die Zeit zu beſtimmen, in welcher, nach der Vorausſetzung des Ulpian, der Sclave geſtorben iſt. Dieſes iſt ſicher nicht die Zeit nach der L. C., da durchaus kein Grund denkbar iſt, warum nicht in dieſem Fall, ganz ſo wie im erſten, nach der Zeit der L. C. geſchätzt werden ſollte. Der Tod iſt alſo in der Zeit zwiſchen dem Vertrag und der L. C., d. h. vor dem Prozeß, zu denken. Natürlich muß noch hinzugedacht

(o) Dazwiſchen ſteht noch ein untergeordneter Satz, der mit unſeren Fragen Nichts zu ſchaffen hat, und den ich oben im Text übergangen habe, um nicht den Zuſammenhang der Hauptgedanken zerſtreuend zu unterbrechen Die Todeszeit, heißt es, ſoll nicht zu buchſtäblich von dem Augenblick des Verſcheidens verſtanden werden, da auch der Sclave, der in den letzten Zügen liegt, obgleich er noch lebt, doch ſchon faſt völlig werthlos iſt.

werden, daß der Tod zugleich unter ſolchen Umſtänden erfolgt iſt, die den Beklagten zum Erſatz verpflichten, da ſonſt von einer Schätzung gar nicht die Rede ſeyn könnte. Es muß alſo der Tod erfolgt ſeyn nicht durch Zufall, ſondern durch den Dolus oder durch culpoſe Handlungen des Schuldners (p). — In dieſem Fall nun ſoll der Werth des Sclaven geſchätzt werden nach der Zeit des Todes, nicht wie in dem erſten Fall nach der Zeit der L. C.; ſehr natürlich, weil zu dieſer Zeit kein Sclave mehr da iſt, der geſchätzt werden könnte.

Dritter Fall. Es iſt eine Mora vorhanden, und dabei ſoll es keinen Unterſchied machen, ob der Sclave noch lebt oder todt iſt.

„In utroque autem (q), si post moram deterior res fact asit, Marcellus scribit lib. XX., habendam aestimationem quanti deterior res facti sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio."

Es wird nicht geſagt, daß im Fall der Mora die vorhergehenden Regeln nicht eintreten ſollen. Dieſe gelten auch dann, aber es tritt nur eine mögliche Modification

(p) *L.* 91 *pr. de verb. obl.* (45. 1). Vgl. oben § 272 am Ende des §.

(q) D. h. sive vivat servus, sive mortuus sit. Aus dieſem Zuſammenhang der fortſchreitenden Sätze ergiebt ſich die Grundloſigkeit der Erklärung, welche auch ſchon in den Anfang der Stelle die Vorausſetzung der Mora hinein tragen will (Note f).

zum Vortheil des Klägers hinzu. Iſt der Werth des Sclaven nach der Mora gleich geblieben oder geſtiegen, ſo iſt von der Modification nicht die Rede: anders wenn der Sclave an Werth abgenommen hat (si deterior res facta sit), z. B. wenn ihm ein Auge ausgeſchlagen worden iſt. Nun kann der Kläger verlangen, daß der nach den vorhergehenden Regeln abzuſchätzende Werth des Sclaven um ſo viel erhöhet werde, als der Sclave nach der Mora an Werth verloren hat (quanti deterior res facta sit); oder mit anderen Worten: der Kläger hat nun das Recht, die Schätzung nach der Zeit, worin die Mora anfing, vornehmen zu laſſen (ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio). — Hieraus iſt es klar, daß der Kläger für die Schätzung zwiſchen zwei Zeitpunkten die Wahl haben ſoll; von einem höheren Werth der Zwiſchenzeit iſt nicht die Rede (§ 275. u). Zugleich iſt es klar, warum im Fall der Mora in utroque daſſelbe gelten ſoll. Durch die Mora nämlich wird überhaupt Nichts geändert, als daß der Kläger für die Schätzungszeit zwiſchen L. C. und Mora, oder zwiſchen Tod und Mora, die Wahl haben ſoll.

§. 277.

Wirkung der Litis Conteſtation. II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. Preisveränderung.

Bisher iſt nur von den objectiven Verminderungen die Rede geweſen, deren Natur darin beſteht, daß der Gegenſtand des Rechtsſtreits ſelbſt eine äußerlich wahrnehmbare

Veränderung erleidet. Es ſind nun noch diejenigen Verminderungen zu betrachten, die eine unſichtbare Natur haben, indem ſie in einer bloßen Preisverminderung gegründet ſind (§ 272). Dieſe unterſcheiden ſich von den objectiven Verminderungen durch die Möglichkeit einer viel ausgedehnteren Anwendung. Denn anſtatt daß die objectiven nur bei individuell beſtimmten Gegenſtänden vorkommen, da nur dieſe durch Verſchuldung oder Unglück zerſtört, verdorben, verloren werden können, ſo tritt die Preisverminderung eben ſowohl bei generiſch beſtimmten, als bei individuellen Gegenſtänden eines Rechtsſtreits ein; alſo ſowohl bei der übernommenen Lieferung von Hundert Scheffel Weizen, als wenn eine beſtimmte, im Beſitz eines Anderen befindliche, Maſſe Weizen vindicirt wird.

Um aber von dieſem Theil der Unterſuchung eine erſchöpfende Überſicht zu geben, iſt es nöthig, die Erwägung nach zwei Seiten hin auszudehnen: erſtens, auf die Fälle, worin die Veränderung nicht in vermindertem, ſondern in erhöhtem Preiſe des Gegenſtandes beſteht; zweitens, auf die zuſammengeſetzten Fälle, in welchen neben der Preisverminderung zugleich auch eine objective Verminderung des Gegenſtandes ſelbſt Statt findet.

Im R. R. werden die Fälle der Preisverminderung nicht beſonders hervorgehoben, noch von den Fällen der objectiven Verminderung unterſchieden. Daß ſie aber nicht unbeachtet geblieben ſind, läßt ſich beſtimmt behaupten, indem mehrere Stellen ausdrücklich von ſolchen Gegen-

ſtänden handeln, die (wie Wein und Getreide) zum öffentlichen Marktverkehr gehören (a). Bei dieſen aber iſt gerade der ſchwankende Preis ſo vorzugsweiſe wichtig, daß er als Moment juriſtiſcher Entſcheidung unmöglich überſehen werden konnte.

Allerdings können die hier angeregten Fragen auch bei ſolchen Gegenſtänden vorkommen, die nicht als Waaren zum Marktverkehr gehören. Selbſt bei Grundſtücken kommt es nicht ſelten vor, daß die Preiſe im Allgemeinen ſteigen oder fallen. Dennoch iſt bei ihnen die hier vorliegende Frage deswegen von geringerer practiſcher Erheblichkeit, weil dabei die Veränderung der Preiſe nicht leicht auf feſte und ſichere Zahlenſätze zurückgeführt werden kann, ſo daß die Anwendung der jetzt aufgeſtellten Regel nur ſelten wird begründet werden können. Es kommt hinzu, daß bei ſolchen Gegenſtänden die Schwankung der Preiſe im Großen meiſt erſt nach längeren Zeiträumen deutlich hervortritt, und daher für die Dauer eines Rechtsſtreits nicht leicht Einfluß erhält, anſtatt daß dieſelbe Schwankung im Marktverkehr oft eben ſo ſicher als ſchnell wechſelnd wahrzunehmen iſt.

Es iſt nun zunächſt die juriſtiſche Natur der hier angegebenen Veränderungen feſtzuſtellen. Die Erhöhung des Preiſes hat ganz die Natur des aus einem anderen Vermögensſtück entſpringenden zufälligen Erwerbs

(a) *L.* 3 § 3, *L.* 21 § 3 *de act. emti* (19. 1), *L.* 4 *de cond. trit.* (13. 3), *L.* 22 *de reb. cred.* (12. 1.), ſ. o. § 275.

(§ 265). Es iſt ein innerer Zuwachs des Gegenſtandes, ganz ähnlicher Natur, wie der durch Alluvion bewirkte Zuwachs des Grundeigenthums. — Die Verminderung des Preiſes hat dagegen ganz die Beſchaffenheit einer zufälligen Verminderung überhaupt, d. h. einer ſolchen, die ohne Dolus oder Culpa des Schuldners bewirkt wird, ſo wie dieſer Rechtsbegriff oben (§ 273) aufgeſtellt und auf die Fälle objectiver Verminderung angewendet worden iſt. Ich nenne dieſe (auf den Preis bezügliche) Verminderung eine zufällige, weil ſie ſtets auf allgemeinen Conjuncturen beruht und außer dem Bereich individueller Einwirkung liegt, es mögen nun jene Conjuncturen im Welthandel oder in den vorübergehenden Zuſtänden einzelner Länder oder Städte ihren Grund haben.

Die völlige Gleichartigkeit der Preisverminderung mit der oben abgehandelten objectiven Verminderung wird durch folgende Betrachtung einleuchtend werden. Wenn die Eigenthumsklage auf eine Anzahl individuell bezeichneter Actien einer Fabrik-Unternehmung gerichtet wird, ſo können im Lauf des Rechtsſtreits folgende Veränderungen eintreten. Es können dieſe Actien von ihrem urſprünglichen Pariwerth (100) auf 50 herabſinken, oder auch (wenn das Unternehmen völlig untergeht) auf 0. — Es können aber ferner die eingeklagten Actien zur Hälfte oder auch insgeſammt durch Feuer zufällig zerſtört werden. Hier iſt es augenſcheinlich, daß die eine und die andere Art der Ver-

minderung gleich wichtig ist, und auf das Vermögen des Berechtigten ganz denselben Einfluß ausübt.

Diese Betrachtungen sollen nur als Vorbereitung dienen zu den Rechtsregeln über die verschiedenen Fälle der Preisverminderung, zu deren Aufstellung ich mich jetzt wende. Ich schließe mich dabei ganz an diejenigen Regeln an, die oben (§ 275) über die Behandlung der objectiven Verminderung, sowie über die dabei zu beobachtende Zeit der Schätzung, aufgestellt worden sind.

Erster Fall. Strenge Klagen, bei welchen kein Grund einer exceptionellen Behandlung vorliegt. Dabei sollte die Schätzung nach der Zeit der L. C. vorgenommen werden, welches im heutigen Recht nicht mehr vorkommt.

Hier ist die Erhöhung wie die Verminderung des Preises vor der L. C. ohne Einfluß, da in jedem Augenblick der Schuldner durch Erfüllung die Obligation tilgen, der Creditor aber durch Anstellung der Klage die L. C. herbeiführen kann.

Desgleichen ist jede Veränderung des Preises nach der L. C. ohne Einfluß, da der Sinn der auf die L. C. als Schätzungszeit gerichteten Regel eben darin besteht, daß hierdurch die Schätzung unabänderlich fixirt werden soll.

Es gilt also unbedingt die Schätzung nach der Zeit der L. C. ebensowohl für die schwankenden Preise, wie für die objective Verminderung des Gegenstandes.

Zweiter Fall. Freie Klagen, bei welchen kein Grund einer exceptionellen Behandlung vorliegt. Hier soll die

Schätzung nach der Zeit des rechtskräftigen Urtheils vorgenommen werden, welches im heutigen Recht auch für diejenigen Klagen gilt, die das R. R. unter die Regel des erſten Falles geſtellt hatte.

Bei dieſer Regel bleibt es unbedingt, wenn etwa eine Erhöhung des Preiſes vor dem Urtheil (ſey es vor oder nach der L. C.) eingetreten ſeyn ſollte. Wenn durch dieſe Erhöhung der Beklagte einen Nachtheil erleidet, ſo hat er ſich dieſen ſelbſt zuzuſchreiben, da es jeden Augenblick in ſeiner Macht ſtand, durch Erfüllung die Schuld zu tilgen, und ſo den Nachtheil aus den ſpäter ſteigenden Preiſen abzuwenden.

Auch wenn eine Verminderung des Preiſes vor dem Urtheil eintritt, iſt dieſelbe Regel anzuwenden, jedoch hier mit folgender Ausnahme. Wenn nämlich die Eigenthumsklage gegen einen unredlichen Beſitzer geführt wird, ſo muß dieſer die Preisverminderung vergüten, die nach der L. C. eingetreten iſt; gerade ſo wie er auch Entſchädigung leiſten müßte, wenn in dieſem Zeitraum nicht durch Preisverminderung, ſondern durch Untergang oder Beſchädigung der Sache ein zufälliger Schade entſtanden wäre (S. 179).

Dritter Fall. Perſönliche Klage aus einer Obligation, deren Erfüllung durch Vertrag auf einen beſtimmten Zeitpunkt geſetzt iſt.

Hier iſt der Preis dieſes Zeitpunktes zu Grunde zu legen.

Der höhere oder niedere Preis der früheren Zeit iſt

gleichgültig, weil die Parteien selbst eine frühere Erfüllung nicht wollten oder erwarteten.

Die Erhöhung und Verminderung der späteren Zeit ist gleichgültig, da der Vertrag selbst die Zeit der Erfüllung mit ihren Folgen fixirt hat, beide Theile also in diese besonderen Folgen eingewilligt haben. Jedoch wird in diesem Fall meist zugleich eine Mora eintreten, da denn die folgende Regel zur Anwendung kommen muß.

Dieser dritte Fall ist übrigens practisch besonders häufig und wichtig; es gehören dahin die zahlreichen Verträge, welche auf Lieferung von Handelsgegenständen in einer bestimmten Zeit geschlossen werden.

Vierter Fall. Persönliche Klage, wenn dabei eine Mora, sey es vor oder mit dem Rechtsstreit, eintritt.

Jede Erhöhung oder Verminderung des Preises vor der Mora ist gleichgültig.

Die Erhöhung oder Verminderung nach der Mora kann dem Kläger niemals Nachtheil bringen, weil er ein unbedingtes Wahlrecht hat, nach welchem Zeitpunkt die Schätzung vorgenommen werden soll.

Dem Beklagten geschieht dadurch kein Unrecht, da er eben durch die Mora jeden möglichen Nachtheil wohl verdient hat.

Es bleibt nur noch übrig, die verschiedenartige Anwendung dieser Rechtsregeln näher zu bestimmen. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1. Im älteren R. R. war diese Anwendung weit ausge-

dehnter, als in der ſpäteren Zeit. Da nämlich alle Verurtheilungen nur auf baares Geld lauten durften (b), ſo mußten jene Regeln in jedem einzelnen Fall unmittelbar und einfach dadurch zur Anwendung gebracht werden, daß in der auszuſprechenden Geldſumme nicht nur der objective Zuſtand der Sache, ſondern auch (nach den eben aufgeſtellten Regeln) der Preis berückſichtigt wurde.

2. Dieſes hat ſich völlig geändert im Juſtinianiſchen Recht, welches zugleich die heutige Regel bildet. Hier wird, wenn der Gegenſtand des Rechtsſtreites noch vorhanden iſt, auf deſſen Naturalleiſtung, nicht mehr auf eine Geldſumme, erkannt. Dieſes heißt für den letzten Erfolg eben ſo viel, als ob (nach der oben aufgeſtellten zweiten Regel) auf den Geldwerth zur Zeit des rechtskräftigen Urtheils erkannt würde. In denjenigen Fällen nun, worin vor dem Urtheil eine Preisverminderung eingetreten iſt, und zugleich der Beklagte die exceptionelle Verpflichtung hat, für alle zufällige Verminderungen einzuſtehen (alſo im Fall der Vindication gegen den unredlichen Beſitzer, ſo wie im Fall der Mora) iſt zwar auch auf dieſe Naturalleiſtung zu erkennen, jedoch mit einer zuſätzlichen Ausgleichung in Geld, damit die oben aufgeſtellten Regeln rein und vollſtändig zur Anwendung gebracht werden.

3. Eine beſondere Erwägung bedarf der Fall, wenn der Beklagte das Urtheil nicht abwartet, ſondern dadurch abwendet, daß er den Anſpruch des Klägers freiwillig

(b) Gajus IV. § 48.

erfüllt. Dazu war bei den arbiträren Klagen in dem Reſtitutionsbefehl des Judex eine beſondere Aufforderung gegeben; bei allen übrigen Klagen aber ſollte der Beklagte wenigſtens das Recht dazu haben (c).

Nun ſcheint es, daß durch dieſe Einrichtung dem Beklagten in den Fällen, worin er nach den aufgeſtellten Regeln einen höheren Werth als den der Gegenwart zu leiſten hatte, ein Mittel dargeboten würde, das Recht des Klägers zu vereiteln, indem er ſich durch die einfache Natural-Reſtitution von jeder weiteren Verpflichtung freimachte.

Allein gegen dieſe Umgehung des Rechts ſchützt den Kläger der juriſtiſche Begriff der Reſtitution. Eine ſolche wird nämlich nicht unbedingt vollführt durch die materielle Herausgabe des Gegenſtandes; vielmehr gehört dazu auch die omnis causa, welche in dem hier vorliegenden Fall gerade die Ausgleichung des höheren Werthes durch eine zuſätzliche Geldſumme in ſich ſchließt (d).

4. Zuletzt iſt noch der zuſammengeſetzte Fall zu betrachten, wenn in einem und demſelben Rechtsſtreit die

(c) Gajus IV. § 114.

(d) *L.* 75 *de V. S.* (50. 16) „Restituere is videtur qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.“ Eben ſo *L.* 35, *L.* 246 § 1 *eod.*, und *L.* 9 § 8 *ad exhib.* (10. 4). In Anwendung dieſes Grundſatzes wird ferner ausdrücklich geſagt, daß der Schuldner, der in Mora iſt, nicht dadurch frei wird, daß er die verſprochene Sache herausgiebt, wenn dieſe in der Zwiſchenzeit (wiewohl durch Zufall) ſchlechter geworden iſt. *L.* 3 *de cond. trit.* (13. 3), ſ. o. S. 226.

objective Verminderung der ſtreitigen Sache mit einer Preisverminderung zuſammentrifft.

Die Beurtheilung dieſes Falles kann keinem Zweifel unterliegen, indem die vollſtändige Anwendung der aufgeſtellten Regeln auf ein Urtheil führen kann, deſſen Inhalt aus zwei Faktoren hervorgeht. Folgendes Beiſpiel wird dieſe Behauptung anſchaulich machen.

Wenn Actien durch eine Eigenthumsklage gefordert, und während des Prozeſſes geſtohlen werden, ſo kommen bei dem Urtheil folgende Umſtände in Betracht. Zunächſt muß der Beklagte den Werth der geſtohlenen Actien vergüten, weil bei jedem Diebſtahl eine Culpa des Beſitzers präſumirt wird; der Werth dieſer Actien wird in der Regel nach der Zeit des Urtheils beſtimmt. — Wenn aber der Beklagte ein unredlicher Beſitzer iſt, und in der Zeit zwiſchen der L. C. und dem Urtheil der Curs dieſer Actien ſinkt, ſo muß der Beklagte noch ſo viel Geld zulegen, als die Cursdifferenz beträgt. Er hat alſo in dieſem Fall zwei von einander unabhängige, auf verſchiedenen Rechtsgründen beruhende, Entſchädigungen zu leiſten: erſtens für den durch Diebſtahl entſtandenen Verluſt, wegen ſeiner Culpa; zweitens, für den zufälligen Verluſt durch das Sinken des Curſes, weil überhaupt der unredliche Beſitzer nach der L. C. für jeden zufälligen Nachtheil einſtehen ſoll.

§. 278.

Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht.

Das Wesen der L. C. im Formularprozeß des älteren R. R. ist oben ausführlich dargestellt worden (§ 257). Characteristisch war dabei die große Nähe, in welcher sich (verglichen mit den möglichen Ereignissen in unsrem Prozeßverfahren) die L. C. nebst den daran geknüpften Folgen neben dem ersten Anfang des Rechtsstreits befand.

Dieses Verhältniß, so wie das Wesen der L. C. überhaupt, erscheint zwar im Justinianischen Recht nicht von Grund aus verändert; indessen waren doch schon bedeutende Modificationen eingetreten, und namentlich hatte die gesetzliche Frist von Zwei Monaten die L. C. weiter als früher von dem Anfang des Rechtsstreits entfernt.

Das Canonische Recht hat diese vorgefundene neueste Gestalt der L. C. nicht abgeändert. Wichtiger und bedenklicher war die abgeänderte Stellung, welche der L. C. im ganzen Zusammenhang des Prozesses durch die Reichsgesetze gegeben wurde (§ 259).

Allein auch bei dieser Gestalt des gemeinen Deutschen Prozesses ist es nicht geblieben, vielmehr hat sich das Bedürfniß späterer Zeiten neue Bahnen gebrochen.

Zwar in dem Protokollar-Prozeß der von einzeln stehenden Richtern verwalteten Untergerichte läßt sich die frühere Gestalt der L. C. leicht wieder erkennen und ohne Nachtheil

durchführen, ſo daß es bei ihm nur auf eine ſtrenge und verſtändige Ausführung ankommt, um dem practiſchen Bedürfniß wahrhaft zu genügen.

Anders aber ſteht es mit dem weit wichtigeren, auf vier regelmäßigen Schriftſätzen beruhenden gemeinen Deutſchen Prozeß, wie er in allen höheren collegialiſchen Gerichten und auch in vielen Untergerichten, herrſchend geworden iſt. Es würde eine bloße Täuſchung ſeyn, wenn man glauben wollte, daß hier die Prozeßvorſchriften des R. R., oder auch der Reichsgeſetze, wirklich zur Ausführung gebracht würden. — Wollte man den Buchſtaben des R. R. feſthalten, und die der L. C. beigelegten Wirkungen an den Zeitpunkt unſres ſchriftlichen gemeinen Prozeſſes anknüpfen, in welchem gerade dasjenige vorgegangen iſt, welches im R. R. als Inhalt der L. C. vorausgeſetzt wird, ſo müßte man dieſen entſcheidenden Abſchnitt des Prozeſſes an das Ende des erſten Verfahrens ſetzen, alſo entweder mit der Einreichung der Duplik, oder mit der Abfaſſung des Beweis-Interlocuts verknüpfen; denn erſt in dieſem Zeitpunkt kann man mit Sicherheit annehmen, daß die Exceptionen, Replicationen und Duplicationen vorgebracht ſeyn werden, ſo wie es das R. R. für den Zeitpunkt der L. C. unzweifelhaft vorausſetzt.

Dennoch iſt eine ſo ſtrenge und buchſtäbliche Gleichſtellung mit der alten L. C. niemals verſucht worden, ſchon deswegen nicht, weil man von dieſer Prozeßhandlung des R. R. keine hinreichende Kenntniß hatte; auch war dazu

ein practiſches Bedürfniß in der That nicht vorhanden. — Vielmehr wurde nunmehr die L. C., im Anſchluß ſowohl an die Reichsgeſetze als an die gänzlich umgebildete Bedeutung dieſes aus dem R. R. zu uns herübergekommenen Kunſtausdrucks (§ 259), als die Einlaſſung des Beklagten auf die thatſächlichen Behauptungen der Klage aufgefaßt, und ſomit in die erſte Prozeßſchrift des Beklagten (die Exceptionsſchrift) verſetzt. Dieſe Stellung der L. C. iſt jedoch ohne weſentlichen Nutzen für den letzten Zweck des Prozeſſes, und zugleich nicht ohne erhebliche Bedenken und Gefahren, indem ſie dem Beklagten ein leichtes Mittel darbietet, dieſe Handlung willkührlich hinauszuſchieben und dadurch die Rechte des Klägers zu gefährden (§ 259).

Man kann dieſe Gefahren dadurch beſeitigen oder wenigſtens vermindern, daß man die Wirkung der L. C. unbedingt an die Einreichung der erſten Prozeßſchrift des Beklagten knüpft, ohne Rückſicht auf den Inhalt dieſer Schrift; ſo daß eine L. C. fingirt würde, wenn etwa der Beklagte unredlicher Weiſe die factiſche Erklärung auf die Klage verweigerte oder verzögerte (a). Allein erſtens wäre dieſes nicht ſowohl eine Anwendung des beſtehenden Prozeßrechts, als eine in guter Abſicht vorgenommene Umbildung deſſelben; zweitens, wäre damit in der That Nichts gewonnen. Dieſe fingirte L. C. wäre eine leere Formalität, und es erſcheint als ganz willkührlich und grundlos, gerade an die

(a) Pufendorf Obs. IV. 94, Göſchen Vorleſungen B. 1 S. 475, Wächter H. 3 S. 87.

Einreichung der erſten Schrift des Beklagten, ohne Rückſicht auf deren Inhalt, wichtige materielle Wirkungen zu knüpfen. — Das Bedürfniß, deſſen Anerkennung in dieſem Verfahren liegt, führt offenbar dahin, noch einen Schritt weiter rückwärs zu gehen, und jene wichtige Wirkungen an den Zeitpunkt des Prozeſſes zu knüpfen, in welchem zuerſt der Beklagte ſicher und auf amtliche Weiſe ein Bewußtſeyn des erhobenen Rechtsſtreits erhält. Dieſer Zeitpunkt aber iſt kein anderer, als der der Inſinuation der Klage. Daß dabei der Beklagte blos leidend, ohne eigene Thätigkeit erſcheint, iſt kein Hinderniß, dieſe Thatſache als den Entſtehungsgrund einer Obligation, d. h. als Quaſicontract, anzuerkennen; denn wenn auch im R. R. der Beklagte bei der L. C. als thätig erſcheint, ſo beruht doch dieſe Thätigkeit eben ſo wenig auf ſeinem freien Entſchluß, als die Empfangnahme der Klagſchrift und das dadurch erzeugte Bewußtſeyn. Wenn wir uns alſo entſchließen, das hier angegebene Verfahren einzuſchlagen, ſo entfernen wir uns dadurch weniger von dem wahren Weſen des R. R., als es auf den erſten Blick ſcheinen mag, und wir vermeiden dennoch gänzlich die oben bemerkten Gefahren.

Ehe nun die durch die vorſtehenden Bemerkungen vorbereitete Unterſuchung weiter geführt wird, iſt es nöthig, den Erfolg und die practiſche Wichtigkeit derſelben näher zu beſtimmen. — Vor Allem muß dieſe Unterſuchung lediglich auf die materiellen Wirkungen beſchränkt bleiben,

von welchen allein auch in der ganzen bisherigen Darstellung die Rede gewesen ist. Der Einfluß der L. C. auf den Gang des Prozesses liegt ganz außer dem Bereich unsrer Betrachtung, und beruht auch auf ganz anderen Gründen als die hier zu bestimmende materielle Einwirkung. So z. B. wird gesagt, durch die L. C. würden alle zu dieser Zeit nicht vorgebrachte Einreden ausgeschlossen; eben so sey von dieser Zeit an eine Veränderung der Klage nicht mehr zulässig. Diese Folgen entspringen aber in der That aus der ersten Erklärung des Beklagten als solcher, ohne Rücksicht darauf, ob diese Erklärung gerade eine L. C. enthält, und worin diese besteht. — Eben so wird behauptet, durch die L. C. werde die Incompetenz des Richters beseitigt. Allein auch dies ist nicht eine Folge der L. C. als solcher, und ihres etwa so oder anders zu bestimmenden Inhalts, sondern die Einlassung ohne Widerspruch gegen die Incompetenz wirkt als Prorogation, d. h. als freiwillige Unterwerfung unter dieses Gericht.

Das so eben bemerkte dringende Bedürfniß führte dahin, die Wirkungen der L. C. auf einen früheren Zeitpunkt des Prozesses zu verlegen, und dadurch das R. R. der Form nach abzuändern, dem Sinn und Wesen nach aber festzuhalten. Dieses Bedürfniß ist auch schon längst und häufig, wenngleich oft bewußtlos, anerkannt worden. Es hat sich offenbart in der oben dargestellten Verwandlung des Begriffs der L. C., indem man dem im R. R. aufgestellten vollständigen Begriff die bloße Erklärung des Beklagten auf die That-

ſachen der Klagen untergeſchoben, und dadurch den urſprünglichen Begriff weſentlich eingeſchränkt hat. Dieſe einſchränkende Verwandlung bezweckte recht eigentlich, das Eintreten der L. C. zu erleichtern und früher herbeizuführen.

Daſſelbe Bedürfniß offenbarte ſich aber ferner in der Annahme, daß ſchon das neue R. R. ſelbſt die L. C. rückwärts in einen früheren Zeitpunkt verſetzt habe. Es iſt oben gezeigt worden, daß dieſe Annahme mit hiſtoriſchen Misverſtändniſſen in der Lehre von der Erbſchaftsklage zuſammenhängt (§ 264). Möge man aber auch hierüber denken wie man wolle, ſo beſchränken ſich doch ohne Zweifel die Stellen des R. R., welche man jener Annahme zum Grunde legt, allein auf die Erbſchaftsklage, während bei den zahlreichen übrigen Klagen im R. R. ſtets nur von der L. C. als dem entſcheidenden Zeitpunkt die Rede iſt. Daß man nun dieſes Verhältniß der Quellenzeugniſſe ſo allgemein überſah oder ignorirte, und den Ausſprüchen über die Erbrechtsklage eine allgemeine Bedeutung, im Widerſpruch mit ſo vielen anderen Ausſprüchen einräumte, erklärt ſich lediglich aus dem richtigen Gefühl des oben erwähnten Bedürfniſſes, dem man nur nicht auf dem richtigen Wege, ſondern auf unkritiſche Weiſe, Befriedigung zu verſchaffen ſuchte.

Ich will es nunmehr verſuchen, eine Überſicht zu geben über den Stand der ſehr auseinandergehenden Meinungen über die hier behandelte Frage.

Einige nehmen als Regel an, daß das urſprüngliche Princip des R. R. noch jetzt gelte, daß alſo die materiellen Wirkungen ſtets auf den Zeitpunkt der L. C. zurückzuführen

ſeyen, wenngleich ſie mitunter einzelne Ausnahmen geſtatten wollen (b).

Andere behaupten eine gänzliche Umwandlung jenes Princips, indem an die Stelle der L. C. im heutigen Recht als Grund und Anfang wichtiger materieller Wirkungen, die Inſinuation der Klage an den Beklagten getreten ſey (c). Auch in dieſer Meinung kommen einzelne untergeordnete Modificationen vor.

Noch Andere endlich, und zwar in neuerer Zeit die Meiſten, wollen weder das erſte noch das zweite Princip gelten laſſen, indem ſie annehmen, daß für jede einzelne materielle Wirkung der Anfangspunkt beſonders unterſucht und feſtgeſtellt werden müſſe (d).

Ich erkläre mich aus den ſchon entwickelten Gründen, in offener Anerkennung des neu eingetretenen unabweislichen Bedürfniſſes, für die zweite Meinung, und nehme daher die Inſinuation der Klage als das heutige Surrogat der Römiſchen L. C. an, ſo daß von der Inſinuation an alle materielle Wirkungen eintreten müſſen, welche das R. R. an die L. C. knüpft. Hierin liegt das einzige durchgreifende Mittel, den Anſpruch des Klägers auf die ſchützenden Vorſchriften, welche das R. R. an die L. C. knüpft, gegen die

(b) Glück B. 6 S. 205, Hofacker § 1020. 4385, Thibaut § 709 ed. 8, Mchlenbruch § 144. 372 ed. 4.

(c) Hommel rhaps. Obs. 234, Sintenis Erläuterungen des Civilprozeſſes § 12. 15. 16, Kierulff S. 280—284.

(d) Winckler p. 355—365, Martin Prozeß § 152. 156, Linde § 200. 206, Bayer S. 229—234, S. 248—250, Heffter § 346. 350 ed. 2., Wächter H. 3 S. 86—119.

verzögernde Willkühr des Beklagten zu ſichern, für welchen Zweck außerdem der heutige gemeine Prozeß keine ausreichende Hülfe gewährt. Auch hat die Praxis der meiſten Gerichte dieſe wichtige Veränderung, wenigſtens in den wichtigſten und häufigſten Anwendungen, längſt anerkannt.

Für das aufgeſtellte Princip ſind aber noch folgende nähere Beſtimmungen nöthig.

Bei manchen einzelnen Wirkungen iſt von einigen Schriftſtellern noch ein Unterſchied gemacht worden zwiſchen der Einreichung und der Inſinuation der Klage, um durch das Zurückgehen auf jene einen noch früheren Anfangspunkt der materiellen Wirkungen zum Vortheil des Klägers zu gewinnen; dies iſt insbeſondere für die Unterbrechung der Klagverjährung behauptet worden, da außerdem in der Zwiſchenzeit die Verjährung ablaufen könnte. Dieſe Behauptung hat keinen Anhalt in unſren Rechtsquellen, und iſt ſchon als kleinlich zu verwerfen. Beſonders aber widerſpricht ſie gänzlich dem Princip, nach welchem es weſentlich darauf ankommt, daß in dem Beklagten ein Bewußtſeyn des erhobenen Rechtsſtreits entſtanden ſeyn müſſe. Wo in der That ein ſolcher Verluſt eintritt, wird es nicht leicht ohne Nachläſſigkeit des Klägers geſchehen, und wo dieſe gar nicht vorhanden iſt, wird durch Reſtitution geholfen werden können (e). Man könnte ſogar in der ängſtlichen Vorſorge noch weiter gehen, und zwiſchen der Abſendung der Klagſchrift und deren Empfang von Seiten

(e) Etwa ſo, wie gegen die ſchuldlos verſäumte damni infecti stipulatio Reſtitution gegeben wird. *L.* 9 *pr. de damno inf.* (39. 2).

des Richters unterſcheiden, indem ja auch noch in dieſer Zwiſchenzeit ein Ablauf der Verjährung denkbar iſt.

Es iſt ferner behauptet worden, wenn man auch die Inſinuation als heutiges Surrogat der L. C. im Allgemeinen anerkennen wollte, ſo müßte doch noch die beſchränkende Bedingung hinzugefügt werden, daß es in Folge derſelben auch wirklich zu einem Rechtsſtreit gekommen ſey, indem außerdem weder eine lis noch eine contestatio (Kriegsbefeſtigung) angenommen werden könne; ohne das Daſeyn einer ſolchen aber ſey für die materiellen Wirkungen kein rechtfertigender Grund vorhanden. — Obgleich dieſe Behauptung vielen Schein hat, ſo muß ich doch das practiſche Bedürfniß für die erwähnte Einſchränkung verneinen. Erwägt man nämlich die verſchiedenen Gründe, welche die wirkliche Entſtehung des Rechtsſtreits verhindern können, ſo liegt in denſelben kein Bedürfniß, durch jenes Mittel einen ungerechten Nachtheil von dem Beklagten abzuwenden, welches doch eigentlich der Sinn jener Behauptung iſt. — Der Grund kann zuerſt darin liegen, daß der Beklagte gar keinen Streit führen will, indem er den Anſpruch des Klägers einräumt; dann iſt von Wirkungen der L. C. ohnehin nicht die Rede. — Oder der Rechtsſtreit wird deswegen nicht erfolgen, weil die Klage von einem incompetenten Richter, oder gegen einen unrichtigen Beklagten angeſtellt iſt. Auch dann kann von Wirkungen der L. C. nicht die Rede ſeyn, indem dieſer irrige Verſuch eines Rechtsſtreits mit dem vielleicht nachher folgenden wahren Rechtsſtreit keinen Zuſammenhang hat (f).

(f) So bewirkt z. B. die Anſtellung der Klage eine Unterbrechung der

§. 279.

Stellung der Litis Contestation und ihre Folgen im heutigen Recht. (Fortsetzung.)

Nachdem nunmehr das Princip für das heutige Recht aufgestellt worden ist, sind die einzelnen Anwendungen desselben, mit Rücksicht auf die Meinungen neuerer Schriftsteller, durchzugehen. Ich werde dabei die Ordnung befolgen, nach welcher in der gegenwärtigen Abhandlung die materiellen Wirkungen der L. C. zusammen gestellt worden sind. Dabei muß noch die Bemerkung vorausgeschickt werden, daß zwei dieser Wirkungen durch ihr häufiges Vorkommen, so wie durch ihre practische Wichtigkeit, vor allen anderen sich auszeichnen. Ich meine die Unterbrechung der Klagverjährung, und die omnis causa, d. h. die Vergütung der Vortheile, die dem Kläger durch die Dauer des Rechtsstreits entzogen worden sind, insbesondere Früchte und Zinsen. Bei diesen Punkten hat sich denn auch vorzugsweise eine feste Praxis der Gerichte ausgebildet.

1. Der Quasicontract in der L. C., d. h. die in der Römischen L. C. enthaltene contractähnliche Obligation (§ 258).

Darin liegt nicht sowohl eine einzelne practische Folge, als vielmehr die Grundlage und der zusammenfassende Ausdruck für die einzelnen Folgen, welche nun der Reihe nach aufgeführt werden sollen. Daher hat sich auch dafür,

Klagverjährung nur zwischen diesem bestimmten Kläger und Beklagten. S. o. B. 5 S. 320.

wegen der abſtracten oder theoretiſchen Natur dieſer Wirkung, eine Praxis der Gerichte nicht eigentlich ausbilden können.

Dagegen iſt ſie vorzugsweiſe dazu geeiguet, den wahren Sinn der hier behaupteten Neuerung, im Gegenſatz der ihr widerſprechenden Behauptung, zur Anſchauung zu bringen.

Die Meinung geht nämlich dahin, daß im heutigen gemeinen Prozeß der Quaſicontract mit allen ſeinen Folgen zu Stande kommt im Augenblick der Inſinuation der Klage.

Die entgegen geſetzte Behauptung, welche das R. R. aufrecht zu erhalten vorgiebt, dieſes aber nur ſcheinbar und dem Buchſtaben nach thut, geht dahin: der Quaſicontract ſey geſchloſſen in dem Augenblick, worin ſich der Beklagte zuerſt auf den thatſächlichen Inhalt der Klage erklärt. Ein innerer Grund dieſer Verbindung des Quaſicontracts mit der thatſächlichen Erklärung des Beklagten iſt nicht vorhanden, wird auch in der That von Keinem behauptet. Jene Verbindung iſt vielmehr die blos zufällige Folge des Umſtandes, daß das R. R. den Quaſicontract an die L. C. knüpfte (die damals etwas Anderes bedeutete), und daß man ſich vom Mittelalter her allmälig gewöhnt hat, den Römiſchen Namen litis contestatio für die Erklärung des Beklagten über die Thatſachen zu gebrauchen.

2. Unterbrechung der Klagverjährung (§ 261. No. I.).

Dieſes war eine der wichtigſten Wirkungen der L. C., ſie ſteht aber mit ihr nicht mehr in Verbindung, ſeitdem das neuere R. R. dieſe Wirkung an den früheren Zeitpunkt der Inſinuation ausdrücklich angeknüpft hat (§ 242. 243).

In dieſem einzelnen Fall alſo hat ſchon das R. R. die wichtige Umwandlung wirklich vollzogen, die hier dem heutigen Recht auch für alle übrigen Fälle zugeſchrieben wird.

Der richtigeren Meinung nach iſt mit dieſer Unterbrechung der bisher laufenden Klagverjährung (die oft eine ſehr kurze iſt) ſtets auch die Begründung einer neuen Klagverjährung, und zwar nun von Vierzig Jahren, verbunden. Manche wollen ohne Grund dieſe beide Wirkungen von einander trennen, und an verſchiedene Zeitpunkte des Prozeſſes knüpfen; ſie nennen dann die Begründung der vierzigjährigen Verjährung die Perpetuation der Klage (a).

3. Entkräftung der Uſucapion (§ 261. No. II.).

Manche behaupten eine wirkliche Unterbrechung der Uſucapion, und wenden dann die Unterbrechung der Klagverjährung, mit dem Zeitpunkt derſelben, unmittelbar auf die Uſucapion an. Dieſe Meinung iſt oben widerlegt worden.

Dagegen iſt es richtig, daß der Beklagte die Verpflichtung hat, wenn während des Rechtsſtreits die Uſucapion abläuft, die Folgen derſelben dadurch auszutilgen, daß er das ſo erworbene Eigenthum zurück auf den Kläger überträgt. Dieſe Verpflichtung iſt eine einzelne Folge des Quaſicontracts, entſteht alſo mit dieſem im Augenblick der Inſinuation.

4. Übergang der nicht vererblichen Klagen auf die Erben des Beklagten (§ 262. IV.) (b).

(a) S. o. B. 5 S. 323.
(b) Nicht auch auf die Erben des Klägers (§ 264. a).

Hier behaupten die Meiſten, daß noch jetzt die L. C. als Anfang des Übergangs feſtgehalten werden müſſe (c). Gerade hier aber iſt die practiſche Unhaltbarkeit dieſer Anſicht recht augenſcheinlich. Wenn Jemand durch ein Delict zur Entſchädigung verpflichtet iſt, ſo ſoll die hierauf gerichtete Pönalklage nur mit großen Beſchränkungen auf die Erben des Beklagten übergehen (§ 211); dagegen läßt das R. R., von der L. C. an, den Uebergang unbedingt zu. Es iſt aber wohl einleuchtend, daß es einem ſolchen Beklagten am wenigſten zukommen darf, durch abſichtliche Verzögerung der L. C. den Übergang auf die Erben zu vereiteln. — Auch liegt der Grund, der hier eine ſo vielſtimmige Vertheidigung des alten Rechtsſatzes veranlaßt, nicht etwa in einem inneren Bedürfniß dieſes beſonderen Falles, welches von keinem behauptet wird; er liegt vielmehr nur darin, daß viele Stellen des R. R. die L. C. als Zeitpunkt des Übergangs anerkennnen. Dieſes nun ſoll gewiß nicht bezweifelt werden, aber es iſt in dieſem Fall nicht mehr wahr, als in manchen anderen Anwendungen, worin doch jene Vertheidiger ſelbſt (ohne gehörige Conſequenz) die L. C. Preis geben.

Einige Schriftſteller dagegen behaupten gerade für dieſen Fall den Übergang von der Zeit der Inſinuation an, jedoch aus einem irrigen Grunde (d). Ein Reichs-

(c) Carpzov jurispr. for. P. 4 Const. 46 Def. 6. — Winckler p. 357. — Pufendorf obs. IV. 94. — Glück B. 6 S. 205. — Martin Prozeß § 156. — Linde Prozeß § 206. — Bayer Civilprozeß S. 248. — Wächter H. 3 S. 112—114.

(d) Franke Beiträge S. 43. — Sintenis Erläuterungen S. 148; dieſer will ſogar auf die Zeit der Einreichung der Klage zurückgehen.

geſetz verordnet nämlich für den Fall des Landfriedensbruchs ausdrücklich, daß die Strafe auch gegen die Erben des Thäters gehen ſoll, ſelbſt wenn er vor der L. C. ſtirbt (e). Dieſes iſt aber ſo wenig Ausdruck einer allgemeinen Regel für alle Klagen überhaupt, wofür es doch von jenen Schriftſtellern ausgegeben wird, daß es vielmehr als ein Zeugniß in entgegengeſetzter Richtung angeſehen werden könnte, da es offenbar die Abſicht des Geſetzes iſt, jenes Verbrechen mit beſonderer Strenge zu behandeln.

Nach der Praxis des Oberappellationsgerichts zu Lübeck tritt der Übergang auf die Erben mit der Inſinuation ein.

5. Entſtehung des Rechts des Klägers erſt während des Rechtsſtreits (§ 262. N. V.).

Wenn der Kläger eine Eigenthumsklage anſtellt, ohne Eigenthum zu haben, dieſes aber nach der L. C. erwirbt, ſo ſoll er in dieſem Prozeß nicht gewinnen können, ſondern genöthigt ſeyn eine neue Klage anzuſtellen.

Daß auch hier die Inſinuation an die Stelle der L. C. geſetzt werde, iſt zwar nicht ſehr wichtig, folgt aber aus dem Princip. Auch iſt es in dieſem früheren Stadium des Prozeſſes für den Kläger noch weniger als ſpäter läſtig, die erſte Klage fallen zu laſſen, und eine neue anzuſtellen. Dagegen kann es, wie oben bemerkt worden iſt, den Beklagten ohne Grund gefährden, wenn dieſer in Vorausſetzung des früheren Rechtszuſtandes ſeine Vertheidigung einrichtet, ohne die eingetretene neue Thatſache zu kennen und zu berückſichtigen.

(e) K. G. O. 1555 Th. 2 Tit. 9 § 6.

6. Entſtehung der Mora und der *mala fides* (§ 264).

Die von vielen aufgeſtellte Behauptung, welche jene Momente an die L. C. anknüpft, iſt im Princip ohnehin zu verwerfen, wie ſchon oben gezeigt worden iſt. Was aber dabei an relativer Wahrheit etwa zugegeben werden kann, daß nämlich oft, nach den Umſtänden des einzelnen Falles, einzelne Momente des Prozeſſes den Richter zur Annahme einer Mora beſtimmen können (§ 264. g), — dieſes iſt von der Inſinuation eben ſo wahr als von der L. C.

7. *Omnis causa*, insbeſondere Früchte und Zinſen, mit Einſchluß der verſäumten Früchte (§ 265—271).

Dieſe Wirkung iſt geradezu die wichtigſte unter allen. Wir müſſen ſie an die Inſinuation knüpfen, in Anwendung des allgemeinen Princips, deſſen practiſche Wahrheit gerade bei dieſer Anwendung recht anſchaulich wird. Der Beklagte wird hier zu gewiſſen Leiſtungen verpflichtet, und ſelbſt mit einer beſonderen Strenge verpflichtet, weil er ſich eventuell als den Verwalter fremder Vermögensſtücke anzuſehen hat. Dieſes Bewußtſeyn können wir ihm mit gutem Grunde zuſchreiben, ſobald er durch die Inſinuation von dem Rechtsſtreit Kenntniß erhält. Es iſt aber durchaus kein innerer Grund vorhanden, den Anfang dieſes Bewußtſeyns gerade in den Zeitpunkt zu ſetzen, in welchem er ſich über die thatſächlichen Behauptungen der Klage erklärt.

Hierin ſind die Meinungen getheilt. Einige halten feſt

an der L. C. (f). Die Meiſten dagegen nehmen bei dieſem wichtigſten Punkte ganz richtig die Inſinuation als Anfang jener Verpflichtung an (g), aber freilich indem ſie großentheils dieſer ihrer Behauptung einen nicht haltbaren Grund unterlegen. Sie berufen ſich dabei auf mehrere Ausſprüche des R. R. über die Erbrechtsklage, indem ſie den beſonderen hiſtoriſchen Zuſammenhang dieſer Ausſprüche unbeachtet laſſen, und zugleich den Inhalt derſelben generaliſiren, dabei aber die zahlreichen Stellen des R. R. unbeachtet laſſen, die für ſo viele andere Klagen entgegengeſetzte Beſtimmungen enthalten. Der Grund dieſes unkritiſchen Verfahrens liegt in einer allgemeinen Anſicht, die für die ganze Auffaſſung unſres Gegenſtandes ſo wichtig iſt, daß ich dabei noch etwas verweilen muß.

Man geht davon aus, das ältere R. R. habe die L. C. an die Spitze des ganzen Rechtsſtreits geſtellt, und als Anfangspunkt wichtiger materieller Wirkungen behandelt; es gehöre aber zu einem an ſich vollkommneren Zuſtand des Prozeßrechts, daß dieſe wichtige Stelle vielmehr der Vorladung des Beklagten eingeräumt werde. Dieſes habe Hadrian wohl erkannt, und daher ſey in dem Sc. Juven-

(f) Linde Prozeß § 206. Bei ihm ſcheint mir dieſe Behauptung beſonders inconſequent, da er doch im § 200 die Mora und die mala fides mit der Inſinuation anfangen läßt.

(g) Winckler p. 365 (nach der Praxis der meiſten Gerichte). — Kind quaest. for. T. 3 C. 88, T. 4 C. 46. — Martin § 152. — Bayer S. 233. — Kierulff S. 278 in Verbindung mit S. 281. — Wächter H. 3 S. 105—110. Mit dieſer richtigen Meinung ſtimmt überein die Praxis des O. A. G. zu Lübeck, welches von der Inſinuation an Zinſen zuerkennt. Eben ſo die Praxis des Reviſionshofs zu Berlin, ſo wie die der Juriſtenfacultät zu Berlin (§ 271. u. v. w.).

tianum bei der Erbrechtsklage der große Fortſchritt gemacht worden, nicht mehr bei der L. C. ſtehen zu bleiben, ſondern jene Wirkungen in einem früheren Zeitpunkt eintreten zu laſſen. Es liege nur an der einſichtsloſen Juſtinianiſchen Compilation, wenn dieſer Gedanke nicht rein und allgemein durchgeführt erſcheine, ſondern Altes und Neues unverbunden neben einander liege. Wir aber handelten ganz im Sinn der Entwicklung des R. R., wenn wir jene Durchführung noch jetzt vornähmen, den Gedanken Hadrians generaliſirten, und Alles von der Vorladung abhängig machten (h).

Dieſe Auffaſſung muß ich für durchaus verwerflich erklären. Ob es überhaupt beſſer iſt, die Vorladung oder die L. C. an die Spitze zu ſtellen und als entſcheidenden Punkt zu behandeln, läßt ſich im Allgemeinen nicht ſagen; es hängt von der Einrichtung des ganzen Prozeßverfahrens ab. So lange der alte ordo judiciorum in ſeiner Reinheit und Vollſtändigkeit beſtand (wie ganz gewiß in Hadrians Zeit), war die alte Stellung der L. C. dem Zweck des Prozeſſes völlig entſprechend, alſo durchaus gut und keiner Veränderung bedürftig. Hadrians Neuerungen hierin ſind auch gar nicht aus der Abſicht einer Vervollkommnung des Prozeßrechts im Allgemeinen entſprungen, ſondern lediglich aus den ganz eigenthümlichen Bedürfniſſen der Erbrechtsklage. Hätte er die ihm untergeſchobene Abſicht eines Fortſchritts

(h) Mehr oder weniger liegt der im Text entwickelte und bekämpfte Gedanke bei den Meiſten ſtillſchweigend zum Grunde. Am vollſtändigſten ausgebildet findet er ſich bei Kierulff S. 280 bis 284.

im Prozeßrecht gehabt, ſo wäre es doch wunderbar, daß die großen Juriſten einer weit ſpäteren Zeit, daß Papinian und Ulpian nicht hinter das Geheimniß jenes Gedankens gekommen ſeyn ſollten; daß ſie ſtets von der L. C. als dem entſcheidenden Zeitpunkt ſprechen, anſtatt die Vorladung allgemein an deren Stelle zu ſetzen.

8. Vergütung des Untergangs und der Beſchädigung der Sache, wenn dieſe während des Rechtsſtreits durch Dolus oder Culpa des Beklagten erfolgt (§ 272).

9. Vergütung des zufälligen Untergangs in demſelben Zeitraum, wenn der Beklagte ein unredlicher Beſitzer iſt (§ 273).

Dieſe beide Folgen ſtehen, eben ſo wie die Verpflichtung für die Früchte, in unmittelbarem Zuſammenhang mit dem Quaſicontract, und müſſen alſo, genau ſo wie dieſer, von der L. C. auf die Zeit der Inſinuation übertragen werden.

Ich faſſe dieſe Unterſuchung über den Zuſtand des heutigen Rechts kurz zuſammen. Das R. R. knüpft die wichtigſten materiellen Wirkungen an den Eintritt der L. C. Durch die ſehr veränderte Lage des Prozeſſes ſind wir genöthigt, dieſen Grundſatz dem Buchſtaben nach zu verlaſſen, und nur dem Sinn und Zweck nach feſt zu halten, indem wir den Anfang jener Wirkungen von der L. C. auf die Inſinuation übertragen.

Wenn ich neben dieſer Überzeugung den Namen der L. C. überall beibehalten, und ſelbſt an die Spitze der

gegenwärtigen Abhandlung geſtellt habe, ſo iſt Dieſes mit Abſicht geſchehen. Es iſt geſchehen, weil es dazu dient, den Schatz juriſtiſcher Einſicht, der uns in den Quellen des R. R. auch für dieſe Lehre aufbewahrt iſt, zugänglicher zu erhalten, und weil uns zugleich der Zuſammenhang mit der geſammten juriſtiſchen Literatur, vom Mittelalter bis auf unſre Zeit, geſtört wird, wenn wir jene Bezeichnung aufgeben.

Gemeint aber iſt in dieſer ganzen Unterſuchung der materielle Einfluß der Dauer des Rechtsſtreits auf das ſtreitige Rechtsverhältniß. Wenn dabei die L. C. von den Römern als entſcheidendes Moment bezeichnet wurde, ſo geſchah es nicht, als ob man ihr eine beſondere, geheimnißvolle Kraft hätte beilegen wollen. Es geſchah, weil ſie dazu geeignet war, den genauen Anfangspunkt des Rechtsſtreits zu bezeichnen, und ſo in ihr den Rechtsſtreit gleichſam zu perſonificiren. Wir aber haben wichtige Gründe, hierin die Inſinuation an ihre Stelle treten zu laſſen.

Eine Beſtätigung der hier entwickelten, großentheils auch von neueren Schriftſtellern anerkannten, Meinung über das wahre Bedürfniß des heutigen Rechts, finde ich in dem Wege, den die Preußiſche Geſetzgebung eingeſchlagen hat. Bei der Feſtſtellung derſelben kam es zur Sprache, mit welchem Zeitpunkt die eigenthümlichen Prozeßverpflichtungen anfangen ſollten, die daſelbſt mit dem Namen des unredlichen Beſitzes bezeichnet werden (§ 264). An die L. C., wie ſie die neueren Romaniſten annahmen, d. h. an

die Zeit der eingereichten Exceptionsſchrift, konnte man nicht denken, weil man den ſchriftlichen Prozeß des neueren gemeinen Rechts verlaſſen hatte (i). Daher wurde zuerſt vorgeſchlagen, die Verkündigung des Urtheils als Zeitpunkt anzunehmen; es wurde aber dieſer Vorſchlag verworfen, und die Inſinuation der Klage als Zeitpunkt angenommen (§ 264. z). Und ſo findet ſich hier, neben einer ſehr verſchiedenen Auffaſſung und Ausdrucksweiſe, dennoch ein hoher Grad innerer Übereinſtimmung, hervorgegangen aus dem richtigen Gefühl des wahren practiſchen Bedürfniſſes.

(i) Hätte man ſich ganz an den wahren Sinn des R. R. anſchließen wollen, ſo fand man in dem status causae et controversiae des Preußiſchen Prozeſſes einen richtigen Vergleichungspunkt (§ 259. o). Allein jener wahre Sinn war damals auch unter den Romaniſten faſt ganz vergeſſen, und ſo kam der hier erwähnte Zeitpunkt nicht einmal in Frage. Auch iſt gar nicht meine Meinung es zu tadeln, daß dieſer Zeitpunkt nicht gewählt wurde; denn allerdings wäre derſelbe nicht auf alle Arten des Prozeſſes anwendbar geweſen, wie es die Inſinuation in der That iſt. — Faſt möchte man aber glauben, Suarez habe angenommen, die L. C. ſey im R. R. mit der Inſinuation identiſch. Denn er ſagt in Kamptz Jahrb. B. 41 S. 8. 9: „daß das R. R... mit dem Tage, da der Possessor b. F. per litis contestationem in malam fidem verſetzt worden;" und gleich nachher: „Nach der Römiſchen Theorie hängt es blos vom Zufall ab, zu welcher Zeit der Beſitzer durch Inſinuirung der Citation in malam Fidem verſetzt wird." Die Stellen ſind richtig abgedruckt, ſie ſtehen Vol. 88 f. 47 der Materialien, und ſind in der Zeit des letzten Abſchluſſes der Geſetzgebung niedergeſchrieben.

Druck von A. Haack in Berlin.

§. 280.

Rechtskraft des Urtheils. Einleitung.

Hauptquelle: Tit. Dig. de exceptione rei judicatae (Lib. 44 Tit. 2) (a).

Schriftsteller:

Donellus Lib. 20 C. 5.

Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. 8.

Buchka Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß. Th. 1. 2. Rostock und Schwerin 1846. 1847.

Wächter Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts B. 2 (1846) § 73 S. 557 fg., und: Erörterungen Heft 3 (1846) S. 43–61.

Das Wesen jedes Rechtsstreits besteht in einem Gegensatz von Behauptungen und Ansprüchen der Parteien (§ 256), und die Aufgabe geht dahin, diesen Gegensatz

(a) Nach der Überschrift könnte man als die wichtigste Quelle den Titel de re judicata (XLII. 1) betrachten; allein dieser handelt von der Execution des Urtheils, den Mitteln und Einschränkungen derselben, also von der formellen oder prozessualischen Seite des Gegenstandes, welche nicht zu unsrer Aufgabe gehört.

von einem höheren Standpunkt aus in Einheit aufzulöſen.

Dieſe Auflöſung hat, eben ſo wie die bisher abgehandelten Stücke des Rechtsſtreits, ihre formelle und ihre materielle Seite. Jene beſteht bei dem ganzen Rechtsſtreit in der Thätigkeit der Parteien und des Richters, alſo in der Form und Einrichtung der Prozeßhandlungen, ihrer Folge und ihrem Zuſammenhang; insbeſondere bei dem Theil des Rechtsſtreits, wovon gegenwärtig die Rede iſt, in der Art, wie der Richter zum Ausſpruch eines Urtheils gelangt, ſo wie in der Form und dem Inhalt des Urtheils. — Die materielle Seite des Urtheils beſteht in der Rückwirkung deſſelben auf den Inhalt und Umfang der Rechte ſelbſt; ſie allein gehört zur Aufgabe unſres Rechtsſyſtems, und bildet in demſelben einen Theil des Actionenrechts (§ 204).

Dieſe Lehre gehört unter die wichtigſten des ganzen Rechtsſyſtems. Sie iſt von ſehr häufiger Anwendung, und die Wirkungen derſelben ſind noch bedeutender, als die der Litisconteſtation. Daher muß es auffallen, daß gerade dieſe Lehre ſowohl in Vorleſungen als in Rechtsſyſtemen meiſt vernachläſſigt worden iſt, und auch durch beſondere Schriften keine hinreichende Bearbeitung erfahren hat (b). Selbſt in umfaſſenden neueren Geſetzgebungen iſt derſelben nur geringe Beachtung zu Theil geworden.

(b) Dieſe auffallende Vernachläſſigung wird gerügt von Puchta im rhein. Muſeum B. 2 S. 251.

Daß aber das richterliche Urtheil eine ſolche Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ausübt, wie es oben als die Aufgabe des gegenwärtigen Abſchnitts bezeichnet worden iſt, das verſteht ſich keinesweges von ſelbſt, und iſt nicht etwa eine aus dem Begriff des Richteramtes abzuleitende natürliche oder nothwendige Folge. Aus dieſem Begriff folgt nur, daß jeder Rechtsſtreit entſchieden, und daß dieſe Entſcheidung durch äußere Macht, ſelbſt gegen den Willen der unterliegenden Partei, zur Ausführung gebracht werde. Wenn aber in irgend einem ſpäteren Rechtsſtreit die Richtigkeit des früheren Urtheils in Zweifel gezogen wird, ſo ſcheint es natürlich, eine neue Prüfung vorzunehmen. Wird dabei das Urtheil als ein irriges erkannt (ſey es von demſelben oder von einem anderen Richter), ſo ſcheint es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit, den früheren Irrthum zu berichtigen, und das begangene Unrecht gut zu machen, indem das zuletzt erkannte wahre Recht geltend gemacht wird.

Betrachten wir jedoch näher die Folgen, die mit einem ſolchen, ſcheinbar natürlichen und gerechten Verfahren unvermeidlich verbunden ſeyn würden. Hier müſſen wir vor Allem anerkennen, daß ſehr häufig die Entſcheidung eines Rechtsſtreits ungemein zweifelhaft ſeyn kann, bald wegen einer ſtreitigen Rechtsregel, bald wegen ungewiſſer Thatſachen, bald weil die Thatſachen in ganz verſchiedener Weiſe unter die Rechtsregeln bezogen werden können. Daher würde es oft geſchehen können, daß ein richterliches

Urtheil ſpäter durch ein entgegengeſetztes Urtheil entkräftet würde. Mit dieſer Abänderung aber wäre die Sache noch keineswegs zu Ende. Denn ein noch ſpäterer Richter könnte wieder das zweite Urtheil als irrig anſehen, und nun das erſte wieder herſtellen, oder auch eine von beiden verſchiedene Meinung durchführen. Die nothwendige Folge jenes Verfahrens alſo würde eine wahrhaft endloſe Unſicherheit des Rechtszuſtandes ſeyn, ſobald einmal irgend ein Rechtsverhältniß Gegenſtand eines Streites geworden wäre.

Aus dieſer Betrachtung geht hervor, daß wir zwei ſehr ernſte Gefahren von entgegengeſetzter Art vor uns haben. Auf der einen Seite ſteht die Gefahr, daß wir ein aus dem Irrthum oder böſen Willen eines Richters entſprungenes Urtheil aufrecht halten müſſen, auch wenn wir deſſen Ungerechtigkeit mit voller Ueberzeugung einſehen. Auf der anderen Seite die Gefahr einer völlig gränzenloſen Ungewißheit der Rechts- und Vermögensverhältniſſe, die ſich durch viele Geſchlechter hindurch ziehen kann. Zwiſchen dieſen beiden Gefahren haben wir zu wählen. Es iſt eine Frage der Rechtspolitik, welches unter den Uebeln, die aus dieſen entgegengeſetzten Gefahren hervorgehen können, das größere iſt, und auf dieſe Frage kann nur die erfahrungsmäßige Erwägung der wirklichen Zuſtände und Bedürfniſſe eine ſichere Antwort geben.

Dieſe Erwägung hat von ſehr alter Zeit her, und in der Geſetzgebung verſchiedener Völker, dahin geführt, die zuletzt erwähnte Gefahr der Rechtsunſicherheit als die weit

größere, ja völlig unerträgliche, anzuerkennen, und für ihre Abwendung durch ein positives Rechtsinstitut die nöthige Anstalt zu treffen. Damit wird zugleich mit deutlichem Bewußtseyn die entgegengesetzte Gefahr übernommen, daß zuweilen ungerechte Urtheile ohne Abhülfe aufrecht erhalten werden müssen; diese Gefahr aber ist nicht nur an sich selbst die geringere, sondern es ist auch noch das Mittel gefunden worden, sie durch eine besondere künstliche Anstalt (die Instanzen) zu vermindern, von welcher weiter unten die Rede seyn wird (§ 284).

Das höchst wichtige Rechtsinstitut, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll, läßt sich im Allgemeinen als die Rechtskraft der richterlichen Urtheile bezeichnen, welche nichts Anderes ist, als die Fiction der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urtheil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert wird. Ein geistreicher Schriftsteller hat dafür den Ausdruck des förmlichen Rechts, im Gegensatz des wirklichen Rechts, gebraucht (c). Der allgemeinste Ausspruch über den Inhalt und die Gründe dieses Rechtsinstituts findet sich in folgender Stelle aus dem Commentar des Paulus zum Edict:

L. 6 *de exc. rei jud.* (44. 2.)

Singulis controversiis singulas actiones (d), unum-

(c) Möser patriotische Phantasieen B. 4 N. 30.

(d) Den Worten nach könnte das so verstanden werden, jedem Rechtsverhältniß dürfe stets nur Eine Klage entsprechen, welches

que judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (e) rei judicatae frequens est.

falſch wäre, da man oft zwiſchen vielen Klagen die Wahl hat. Singulas actiones sufficere heißt vielmehr: man ſoll nicht mehrmals aus demſelben Rechtsgrund klagen. Es iſt der Ausdruck für die Klagenconſumtion, alſo derſelbe Gedanke, wie in dem alten Rechtsſpruch, welchen QUINCTILIAN. inst. or. VII. 6 anführt, indem er deſſen zweideutige Faſſung bemerklich macht: „quod scriptum est: *bis de eadem re ne sit actio.*“

(e) Dieſes iſt die Florentiniſche Leſeart; die Vulgata hat exceptioni. Man ſollte kaum glauben, wie mancherlei Erklärungen dieſe wenigen Schlußworte der Stelle zulaſſen. Nach der Vulgata können ſie nur ſo verſtanden werden: es geſchieht häufig, daß man der exc. rei judicatae gehorchen (Folge leiſten) muß. So verſteht die Stelle CUJACIUS recit. in Paulum ad ed. lib. 70; dabei fehlt es aber an der Andeutung eines gehorchenden Subjects. — Nach der Florentina kann man auf zweierlei Weiſe erklären. Zuerſt wenn man lieſt: parĕre, und nun ſo deutet: es geſchieht häufig, daß eine exc. r. j. erzeugt wird. So verſteht die Stelle BRISSONIUS v. parĕre N. 3; dabei aber fehlt wieder die Andeutung des erzeugenden Subjects, ſo daß dieſer Gedanke nur durch: nasci exceptionem, oder durch: sententiam parere exceptionem fehlerfrei und ohne Härte ausgedrückt werden könnte. — Zweitens indem man lieſt parēre, in dem Sinn von apparere, alſo mit dieſem Gedanken: es geſchieht oft, daß die exc. r. j. erſcheint, gebraucht wird. Dieſe letzte Erklärung iſt wenigſtens frei von den Einwendungen, welchen die beiden erſten unterliegen. — Eine ſehr beſcheidene, alle Schwierigkeiten löſende, Emendation wäre dieſe: parĕre ergo exceptionem *rem judicatam* frequens est. (Vergl. als Parallelſtelle *L.* 7 § 4 *de pactis* „*Nuda pactio* obligationem non parit, sed *parit exceptionem*,“ und *L.* 7 *pr. eod.*). Die Entſtehung des gegenwärtigen Textes würde ſich dann theils aus der Überſchrift des Titels, theils aus der etwas verſteckten Conſtruction des Satzes, leicht und befriedigend erklären.

Es ist einleuchtend, daß mit dieser, dem rechtskräftigen Urtheil beigelegten Fiction der Wahrheit eine sehr starke Rückwirkung der bloßen Prozeßhandlung auf die Rechte selbst verbunden ist. Denn durch diese Fiction kann es geschehen, daß ein vorher nicht vorhandenes Recht neu erzeugt, oder daß ein vorhandenes Recht zerstört, vermindert, oder in seinem Inhalt verändert wird.

Der praktische Werth dieses Rechtsinstituts bedarf noch einer kleinen Erläuterung. Auf den ersten Blick könnte man glauben, die Rechtskraft sey wichtig bei ungerechten Urtheilen, durch welche das vorhandene Rechtsverhältniß in sein Gegentheil verkehrt wird, unwichtig bei gerechten, durch welche nur dasjenige bestätigt wird, welches ohnehin und ohne Rechtskraft wahr ist. Wäre dem also, so müßte man die Abschaffung des ganzen Instituts wünschen; es verhält sich aber in der That ganz anders. Zwar ist allerdings die Einwirkung der Rechtskraft besonders stark und auffallend in dem unglücklichen Fall eines ungerechten Urtheils, für welchen Fall es gewiß nicht eingeführt ist, und dessen Möglichkeit wir nur mit hinnehmen müssen als ein unvermeidliches Übel; aber wichtig und heilsam ist die Rechtskraft auch im Fall des gerechten Urtheils, dessen Befestigung eben ihren ganzen Zweck ausmacht. Wenn man erwägt, wie viele Rechtsverhältnisse an sich schwankend und zweifelhaft sind, wie oft es geschieht, daß ein jetzt vorhandenes Beweismittel späterhin fehlt, daß ein späterer Richter irren kann, wo der gegenwärtige richtig urtheilte

und daß die Entſchiedenheit an ſich (abgeſehen von dem Inhalt des Urtheils), im Gegenſatz der fortdauernden Ungewißheit, für alle Theile wünſchenswerth iſt — wenn man dieſes Alles erwägt, ſo wird man geneigt ſeyn, die hohe Wichtigkeit des Einfluſſes der Rechtskraft auch für den Fall gerechter Urtheile anzuerkennen.

Die nun folgende Lehre von der Rechtskraft ruht, ſo wie das ganze vorliegende Werk, auf dem Boden des Römiſchen Rechts; aber die Fragen, die hier zur Erörterung kommen müſſen, ſind ſo allgemeiner Natur, daß ſie überall ihre Beantwortung fordern, auch da, wo von dem Römiſchen Recht keine Anwendung gemacht wird. — Ferner würde es irrig ſeyn anzunehmen, daß der Werth und Erfolg dieſer Unterſuchung an irgend eine beſondere Form des Prozeßverfahrens gebunden wäre. Sie wird ſchon hier angeſtellt für den altrömiſchen Formularprozeß, den Prozeß der Juſtinianiſchen Zeit, und den gemeinen deutſchen Prozeß. Das Bedürfniß derſelben tritt aber auch gleichmäßig hervor im Prozeß des Preußiſchen, ſo wie in dem des Franzöſiſchen Rechts.

Das Rechtsinſtitut, welches nunmehr abgehandelt werden ſoll, und zu deſſen Einleitung die vorſtehende Betrachtung beſtimmt iſt, ſetzt den regelmäßigen Gang eines Rechtsſtreits voraus. Der vollſtändigen Überſicht wegen muß aber ſchon hier auf die anomalen Entwicklungen ſtreitiger

Rechtsverhältniſſe hingedeutet werden, die neben dem rechtskräftigen Urtheil vorkommen können.

Dahin gehören einige Rechtsinſtitute, welche die Stelle eines Urtheils vertreten können, und eben deshalb das Urtheil unnöthig machen. Unter dieſe Surrogate des Urtheils gehört der Eid, die in jure confessio und responsio.

Es gehört dahin aber auch ein Rechtsinſtitut, welches, ſo wie das Urtheil, auf der Thätigkeit einer richterlichen Obrigkeit beruht, aber eine andere und weiter gehende Beſtimmung hat. Anſtatt daß das Urtheil keine andere Aufgabe hat, als das vorhandene Recht zu erkennen und zur Geltung zu bringen, beruht die in integrum restitutio vielmehr auf der beſondern Macht der Obrigkeit, unter gewiſſen Bedingungen in das vorhandene Recht mit Abſicht und Bewußtſeyn einzugreifen und daſſelbe abzuändern.

Dieſe Inſtitute werden nach Beendigung der Lehre vom Urtheil abgehandelt werden.

§. 281.

Rechtskraft des Urtheils. Geſchichte.

Die mit der Rechtskraft verbundene Fiction der Wahrheit iſt bisher nur erſt als ein Zweck, der erreicht werden ſoll, aufgeſtellt worden. Es fragt ſich nunmehr, durch welche Mittel dieſer Zweck herbeizuführen iſt, durch welche Rechtsform jenes Inſtitut in das Leben eingeführt werden ſoll. Dieſe Frage läßt ſich nur durch die geſchichtliche

Entwicklung der Rechtskraft beantworten. Dabei iſt es vor Allem nöthig, die verſchiedenen Fälle zu betrachten, in welchen jene Aufgabe hervortreten kann. Es iſt nämlich möglich, daß der Richter zum Vortheil des Klägers entſcheidet durch Verurtheilung des Beklagten: oder zum Vortheil des Beklagten durch Abweiſung des Klägers. In beiden Fällen ſollen dem Sieger für alle Zukunft die Vortheile geſichert werden, die ihm das Urtheil zuſpricht. Wie kann Dieſes geſchehen?

Für den erſten Fall ſcheint eine künſtliche Anſtalt kaum nöthig. Durch Execution wird der Beklagte zur Erfüllung des Urtheils gezwungen, und dadurch ſcheint der Kläger für immer befriedigt und geſichert. Daher hatte das ältere Römiſche Recht für dieſen Fall keine beſondere Vorſorge getroffen, und in den meiſten Fällen iſt auch keine nöthig. Es wird aber weiterhin gezeigt werden, daß es Verwicklungen der Rechtsverhältniſſe giebt, für welche dieſe einfache Behandlung nicht ausreicht.

Anders verhält es ſich in dem zweiten Fall. Der Beklagte, der völlig freigeſprochen, oder nicht in dem Umfang, wie es der Kläger verlangte, verurtheilt iſt, kann immer wieder durch neue Klagen beunruhigt werden, und gegen dieſe Gefahr iſt er durch eine künſtliche Anſtalt zu ſchützen.

Das ältere Römiſche Recht ging dabei ſo zu Werk, daß es den Schutz des Beklagten ſchon in einen früheren Zeitpunkt des Rechtsſtreits legte. Jede Klage, welche bis zur Litis-Conteſtation gebracht war, galt als erſchöpft oder

consumirt, und konnte nie wieder von Neuem vorgebracht werden, ohne Unterschied, ob es zu einem Urtheil gekommen war oder nicht, und welchen Inhalt das etwa gesprochene Urtheil haben mochte. Bei manchen persönlichen Klagen trat diese Vernichtung des früher vorhandenen Klagerechts ipso jure ein, bei allen anderen Klagen vermittelst einer exceptio rei in judicium deductae, welche jede neue Klage ausschloß (§ 258).

Kam es nun, wie in den meisten Fällen, in der That zu einem Urtheil, und zwar zu einem freisprechenden, so war dessen Wirksamkeit für immer gesichert durch die eingetretene Consumtion, die jede Wiederholung der vorigen Klage unmöglich machte. Nunmehr aber hieß die Exception gegen die versuchte neue Klage nicht rei in judicium deductae, sondern rei judicatae, und diese mußte ungleich häufiger seyn, als jene, weil zu allen Zeiten der Ausgang eines Rechtsstreits ohne Urtheil zu den Seltenheiten gehört (a).

Demnach war in dieser älteren Zeit für die Sicherheit eines freigesprochenen Beklagten gesorgt durch die Consumtion jeder einmal angestellten Klage, welche Consumtion zuweilen ipso jure eintrat, häufiger aber durch eine exceptio rei judicatae geltend gemacht wurde. Diese Einrede war

(a) Die exc. rei in judicium deductae konnte also überhaupt nur vorkommen, wenn der frühere Prozeß entweder noch im Gang war, und daneben ein neuer versucht wurde, oder wenn derselbe liegen geblieben, und vielleicht schon durch die Prozeßverjährung für immer verloren gegangen war.

alſo ſchon in der älteren Zeit die häufigſte und praktiſch wichtigſte Rechtsform zum Schutz geſprochener Urtheile gegen willkührliche neue Anfechtung.

Der Rechtsſatz, welcher dieſer Einrede in der älteren Zeit zum Grunde lag, läßt ſich in folgender Formel ausdrücken:

> Eine einmal abgeurtheilte Klage kann nie von Neuem vorgebracht werden.

Um den eigenthümlichen Charakter dieſer Einrede des älteren Rechts ſcharf aufzufaſſen, iſt es nöthig, zwei Stücke feſtzuhalten; erſtlich, daß ſie ſich nur auf das Daſeyn eines Urtheils gründet, nicht auf deſſen Inhalt; zweitens, daß ſie nur einen verneinenden Zweck und Erfolg hat, nämlich, eine Klage zu verhindern, nicht, irgend ein Recht durchzuſetzen. Die Bedingung der Anwendung dieſes Rechtsſatzes iſt die Identität einer verſuchten neuen Klage mit der ſchon früher angeſtellten und abgeurtheilten.

Das hier beſchriebene Rechtsinſtitut, gedacht als ein Mittel, die Rechtskraft der Urtheile zu begründen, erfüllte ſeinen Zweck nur nothdürftig, indem es blos den Beklagten gegen eine Wiederholung der abgeurtheilten Klage ſchützte. Hatte aber etwa der Kläger durch eine Eigenthumsklage die Verurtheilung des Beklagten bewirkt, und ſo den Beſitz ſeiner Sache wieder erlangt, ſo konnte gegen ihn der frühere Beklagte als Kläger daſſelbe Eigenthum wieder in Frage ſtellen; denn da Dieſer früher noch gar nicht geklagt, alſo

keine Klage conſumirt hatte, ſo konnte ihm die oben beſchriebene Einrede nicht entgegen geſetzt werden, und es war nun ein neues Urtheil möglich, wodurch das frühere in ſeiner Wirkung zerſtört wurde. — Aber auch dem Beklagten gab jenes Rechtsmittel für ſolche Fälle keinen Schutz, in welchen der Kläger den Erfolg des früheren Urtheils nicht gerade durch Wiederholung der früheren Klage, ſondern bei Gelegenheit eines anderen Rechtsſtreits, alſo auf mehr indirecte Weiſe zu vereiteln ſuchte. — Ja es konnte ſogar geſchehen, daß jene Einrede bei etwas verwickelten Rechtsverhältniſſen dazu misbraucht wurde, den durch das frühere Urtheil beabſichtigten Vortheil einer Partei zu zerſtören, alſo ſeiner eigentlichen Beſtimmung gerade entgegen zu wirken.

Auf der anderen Seite aber war dieſes Rechtsinſtitut in ſeinen Folgen mit manchen Härten verknüpft, die ganz außer dem Zweck deſſelben lagen, und durch die bloße Conſequenz herbeigeführt, alſo praktiſch in keiner Weiſe gerechtfertigt waren. Die Einrede war nämlich auch dann begründet, wenn der Beklagte freigeſprochen war, nicht weil das Recht des Klägers verneint werden mußte, ſondern wegen einer blos dilatoriſchen Einrede, die vielleicht auf einem ganz untergeordneten und vorübergehenden Grunde beruhte (b); dann ging alſo das wirklich vorhandene Recht des Klägers aus einem ganz zufälligen Grunde unter. —

(b) Gajus. IV. § 123. — S. o. § 227.

Nicht beſſer war es, wenn der Rechtsſtreit durch die Prozeßverjährung des alten Rechts ohne Ausgang, alſo auch ohne Urtheil blieb (§ 256. b), welches ohne alle Nachläſſigkeit des Klägers geſchehen konnte; denn nun war durch die exceptio rei in judicium deductae jede fernere Verfolgung des wirklich vorhandenen Rechts für immer unmöglich gemacht.

Die Wahrnehmung dieſer Mängel führte zum Nachdenken über das wahre Bedürfniß, und zu dem klaren Bewußtſeyn, daß es eigentlich darauf, und nur darauf ankomme, jeder richterlichen Entſcheidung ihre unzweifelhafte Wirkſamkeit für alle Zukunft zu ſichern. Man ſuchte nun das alte bekannte Rechtsinſtitut der exceptio rei judicatae dahin auszubilden, daß dieſer Zweck erreicht würde, und zwar vollſtändig erreicht. Dieſes geſchah, indem man ſie nicht mehr wie bisher auf das bloße Daſeyn des Urtheils gründete, ſondern auf den Inhalt deſſelben. Deſſen Geltung ſollte für jeden künftigen Rechtsſtreit geſichert werden, und indem man neben der Exception nach Bedürfniß auch eine *replicatio* rei judicatae gab, wurde das Rechtsinſtitut in dieſer neuen Ausbildung geeignet, dem früheren Kläger eben ſowohl, als dem Beklagten, alle Vortheile zu ſichern, die aus dem Inhalt des Urtheils in einem künftigen Streit hergeleitet werden konnten.

Der Rechtsſatz, welcher nach dieſer Ausbildung dem Inſtitut zum Grunde gelegt wurde, läßt ſich in folgender Formel ausdrücken:

Dem Inhalt eines gesprochenen Urtheils soll kein späteres Urtheil widersprechen.

Auf den ersten Blick scheint diese Formel eben so, wie die oben aufgestellte ältere Formel, blos verneinend, verhindernd. Da indessen kein Richter die Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsstreits verweigern darf, so löst sich jene Formel sogleich in diese andere auf:

Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit eine Frage vorkommt, worüber schon in einem früheren Rechtsstreit ein Urtheil gesprochen worden ist, so muß der neue Richter den Inhalt jenes Urtheils als wahr annehmen und seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen.

In dieser Formel aber nimmt der Rechtssatz eine völlig positive Gestalt an, und ist der unmittelbare Ausdruck der Fiction der Wahrheit, die schon oben (§ 280) als der eigentliche Sinn der Rechtskraft, und als das wahre praktische Bedürfniß angegeben worden ist.

Zur Bezeichnung dieses logischen Verhältnisses beider Gestalten der Einrede, der älteren und der neueren, hat man den passenden Ausdruck angewendet: exceptio rei judicatae in ihrer negativen und ihrer positiven Function (c).

Diese wichtige Ausbildung des Rechtsinstituts ist nicht durch eine allgemeine Vorschrift (Gesetz oder Edict) bewirkt worden, wodurch etwa das ältere Institut aufgehoben oder umgebildet, das neuere eingeführt worden wäre; dazu war

(c) Keller S. 223 Note 4.

in der That kein Bedürfniß vorhanden. Es war und blieb eine und dieſelbe Einrede der Rechtskraft, welche für das Urtheil in dem neuen Rechtsſtreit maaßgebend wurde, und der Unterſchied beider Functionen wird nur ſichtbar bei der Frage, in welchen Fällen, unter welchen Vorausſetzungen die Einrede gegeben werden ſollte. Dieſes aber lag bei jedem einzelnen Rechtsſtreit ganz in der Macht des Prätors, der dabei jederzeit nach der fortſchreitenden Einſicht in das wahre praktiſche Bedürfniß verfuhr, und einer leitenden allgemeinen Vorſchrift nicht bedurfte.

§. 282.

Rechtskraft des Urtheils. — Geſchichte. (Fortſetzung.)

Das geſchichtliche Verhältniß beider Functionen der Einrede der Rechtskraft ſoll nunmehr näher feſtgeſtellt werden.

Daß die negative Function die ältere und urſprünglich einzige Geſtalt der Einrede war, läßt ſich ſchon aus ihrer unvollkommneren Natur und aus ihrer Verwandtſchaft mit dem augenſcheinlich alterthümlichen Inſtitut der ipso jure eintretenden Conſumtion (§ 281) vermuthen. Es folgt aber auch unmittelbar daraus, daß Gajus in ſeinen Inſtitutionen die Lehre von der Conſumtion der Klage, d. h. die negative Function der Einrede, ausführlich und mit Sorgfalt darſtellt (a), während er den Grundſatz, worauf die poſitive Function beruht, in jenem Werke gar nicht

(a) Gajus. III. § 180. 181, IV. § 106 — 108, vergl. mit § 104. 105.

erwähnt. Man könnte Dieſes ſo deuten, als ob dieſer letzte Grundſatz überhaupt erſt nach der Zeit des Gajus entſtanden, ihm ſelbſt alſo unbekannt geweſen wäre. Dieſe Annahme jedoch wird durch die Wahrnehmung völlig widerlegt, daß die Einrede in ihrer poſitiven Function (als Aufrechthaltung des Inhalts eines jeden Urtheils) ganz beſtimmt in einer Digeſtenſtelle aus Gajus vorkommt (b), ja ſogar ſchon von Julian anerkannt wird, in einem Zeugniß, das aus ſeinen Schriften Ulpian anführt (c). Dieſer ſcheinbare Widerſpruch löſt ſich auf befriedigende Weiſe, wenn man annimmt, daß neben der alten, längſt ausgebildeten Conſumtion auch ſchon die Fiction der Wahrheit des Urtheils (d. h. die Einrede in ihrer poſitiven Function) lange vor Gajus in einzelnen Entſcheidungen angewendet wurde, daß ſie aber zu ſeiner Zeit noch nicht in der Rechtstheorie ſo ausgebildet und grundſätzlich anerkannt war, daß er nöthig gefunden hätte, dieſelbe in ſeinen Inſtitutionen als ein beſonderes Rechtsinſtitut neben der Conſumtion zu erwähnen.

Für die Einrede in ihrer poſitiven Funktion bedarf es beſonderer Beweiſe inſofern nicht, als die ganze folgende Darſtellung nichts Anderes iſt, als die vollſtändige Entwickelung gerade des Grundſatzes, der in ihr zur Geltung gebracht wird. Ich will aber hier diejenigen Zeugniſſe der alten Juriſten zuſammen ſtellen, worin jener Grundſatz,

(b) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2.)
(c) *L.* 40 § *de proc.* (3. 3). — Vgl. Keller S. 230. 231.

d. h. die Fiction der Wahrheit, auch ſelbſt des ungerechten Urtheils, in ſeiner allgemeinen durchgreifenden Natur beſonders deutlich ausgeſprochen wird.

L. 25 *de statu hom.* (1. 5) (Ulpian.)

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est quamvis fuerit libertinus: quia *res judicata pro veritate accipitur* (d).

L. 3 *pr. de agnosc.* (25. 3) (Ulpian.) verbunden mit *L.* 1 § 16 *eod.*

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnantem .. non evitabit quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit. Quae causa si fuerit acta apud judicem, et pronuntiaverit ... in ea causa est, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum ... Sive contra pronuntiaverit, non fore

(d) Der letzte Satz dieſer Stelle, welcher die Fiction der Wahrheit unmittelbar ausdrückt (res judicata pro veritate accipitur), iſt als Doppelſtelle noch an einem anderen Ort in die Digeſten aufgenommen. *L.* 207 *de R. J.* (50. 17). — Es muß jedoch bemerkt werden, daß Ulpian in dieſer ganzen Stelle urſprünglich gar nicht von der Rechtskraft in unſerem Sinne (von der exceptio rei judicatae), d. h. von einem wiederholten Rechtsſtreit über die jetzt abgeurtheilte Frage, ſprechen wollte. Die Lex Julia hatte die Ehe der freigebornen Männer mit ehrloſen Frauen verboten. Hieranf bezieht ſich der Ausſpruch des Ulpian, daß eine ſolche Ehe auch dem freigelaſſenen Manne unmöglich ſey, wenn derſelbe durch ein irriges, aber rechtskräftiges Urtheil für einen Freigebornen erklärt worden war. Im Zuſammenhang des Juſtinianiſchen Rechts indeſſen muß die Stelle von der eigentlichen Rechtskraft verſtanden werden, worauf auch ihr energiſcher Ausdruck ſehr gut paßt. Beſonders die in einen anderen Theil der Digeſten eingerückte Doppelſtelle macht dieſe Deutung unzweifelhaft. — Vgl. über dieſe Stelle § 301 n.

suum, quamvis suus fuerit. *Placet enim ejus rei judicem jus facere* (e).

L. 65 § 2 *ad Sc. Trebell.* (36. 1) (Maecianus.)

Cum praetor cognita causa per errorem vel etiam ambitiose juberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam *publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem.* (f).

L. 12 § 3 *de bonis libert.* (38. 2) (Ulpian.)

Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: *rebus enim judicatis standum est.*

In einer schon oben mitgetheilten Stelle des Paulus (g) wird auf beide Gestalten der Functionen der Einrede neben einander hingedeutet; aber freilich in so allgemeinen Ausdrücken, daß wir diese Hindeutung nicht verstehen würden, wenn uns nicht in den Institutionen des Gajus die Lehre von der Consumtion der Klage in ihrer

(e) In diesen Worten ist die Fiction der Wahrheit, als Erzeugung eines neuen, selbstständigen Rechts, besonders bezeichnend ausgedrückt. — Diese Stelle übrigens geht auf ein solches anomoles Verhältniß, worin das Urtheil eine besonders ausgedehnte Wirkung, auch für und wider fremde, Personen hat. Eben so verhält es sich mit der in der vorhergehenden Note erwähnten Stelle. Vgl. § 301 m.

(f) Es muß besonders bemerkt werden, daß in dieser Stelle von einem Urtheil die Rede ist, welches nicht ein Judex, sondern der Prätor selbst sprach, weil die Fideicommisse Gegenstand einer extraordinaria cognitio waren. Die Fiction der Wahrheit, und selbst die Bezeichnung als res judicata, wird aber hier eben so, wie bei den ordinariis judiciis, angewendet.

(g) *L.* 6 *de exc. r. j.* (44. 2), s. o. S. 261.

ganzen Eigenthümlichkeit klar geworden wäre. Nachdem nämlich in jener Stelle geſagt worden war, daß aus jedem ſtreitigen Rechtsverhältniß nur einmal geklagt werden dürfe, weil die zugelaſſene Wiederholung derſelben Klage mit großen Nachtheilen für den Rechtszuſtand verknüpft ſey, wird dann noch hinzugefügt, daß dieſe Nachtheile beſonders ſtark in den Fällen hervortreten würden, wenn durch wiederholte Klagen ſogar Urtheile von widerſprechendem Inhalt herbeigeführt werden ſollten: maxime si diversa pronuntiarentur. In dieſen beiden Sätzen ſind die zwei verſchiedenen, aber verwandten Geſtalten der Einrede unverkennbar angedeutet.

So hat die Einrede der Rechtskraft in ihren zwei Geſtalten während des ganzen Zeitalters der Juriſten fortgedauert, aus deren Schriften die Digeſten hervorgegangen ſind (h), und es zeigt ſich hierin daſſelbe Verfahren, welches wir auch in anderen Theilen des Römiſchen Rechts bei der Entwicklung von Rechtsinſtituten angewendet finden. Man entſchloß ſich nicht leicht, ein Rechtsinſtitut, deſſen Grundlage ſich bewährt hatte, völlig aufzuheben und durch ein anderes zu erſetzen, wenn es ſich auch in der Anwendung von manchen Seiten mangelhaft zeigen mochte, wie Dieſes von der Klagenconſumtion ſchon oben (§ 281) anerkannt worden iſt. Man ſuchte vielmehr ſolchen Mängeln durch mildere Mittel, alſo in feinerer Weiſe, abzuhelfen. Inſofern die Klagenconſumtion für das praktiſche

(h) Keller S. 231.

Bedürfniß unzureichend gefunden wurde, lag die Abhülfe in der stets fortschreitenden Entwicklung der Einrede in ihrer neueren Gestalt (der positiven Function), die für jedes Bedürfniß vollkommen ausreichte. Insofern die Consumtion harte und unbillige Folgen nach sich zog, suchte man durch sehr verschiedenartige Mittel zu helfen (i). Insbesondere in den schon oben (S. 270) angedeuteten, allerdings seltneren Fällen, worin beide Gestalten der Einrede in Widerstreit kamen, indem die Klagenconsumtion in ihren Folgen dahin führte, den Inhalt eines früher gesprochenen Urtheils zu vereiteln, half man in der Form, daß die exceptio rei judicatae durch eine replicatio desselben Namens völlig entkräftet wurde (k). Dieser letzte Fall ist besonders merkwürdig als ein unmittelbarer Beweis, daß die alten Juristen ein deutliches Bewußtseyn von der Verschiedenheit beider Gestalten der Einrede hatten, und daß sie keinen Anstand nahmen, in jedem Fall eines Widerstreits dem neueren Grundsatz (der Fiction der Wahrheit) den Vorzug vor dem älteren (der Klagenconsumtion) einzuräumen, wodurch also das neuere als das bessere und befriedigendere von ihnen anerkannt wurde.

Späterhin ist die Klagenconsumtion, also das ältere Rechtsinstitut, gänzlich verschwunden. Wir haben keine Nachricht, daß es jemals von einem Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben worden wäre; es scheint vielmehr allmälig

(i) Keller im ganzen sechsten Abschnitt seines Werks.
(k) Keller § 70. 71. 72.

abgeſtorben zu ſein, ſo wie dürres Laub abfällt, wenn das neue hervorwächſt und zu vollſtändiger Entwicklung kommt. Der Uebergang des alten ordo judiciorum in die extraordinaria judicia hat die Beſeitigung der Klagenconſumtion zwar nicht unmittelbar und mit Nothwendigkeit herbeigeführt, aber ohne Zweifel befördert und beſchleunigt. Denn die Ausſchließung einer Klage aus dem Grund ihrer früheren Conſumtion ſetzt voraus, daß beide Klagen identiſch ſeyen; die Identität zweier Klagen aber wurde in den meiſten Fällen, und zugleich am leichteſten und ſicherſten, erkannt mit Hülfe der Klagformeln, die zugleich mit dem ordo judiciorum völlig verſchwanden. Ganz anders verhält es ſich mit der Fiction der Wahrheit des Urtheils, worauf die Einrede in ihrer neueren Geſtalt beruht; denn deren Anwendung ſetzt nur die Bekanntſchaft mit dem Inhalt des Urtheils voraus, iſt alſo mit jeder Form des Prozeßverfahrens gleich vereinbar.

Insbeſondere aber läßt ſich beſtimmt behaupten, daß diejenige Conſumtion, die im alten Recht bei manchen Klagen nicht durch eine Einrede, ſondern ipso jure eintrat (§ 281), nach dem Untergang des ordo judiciorum gar nicht mehr möglich war, alſo ſogleich völlig verſchwinden mußte. Denn dieſe Art der Conſumtion ſollte nur eintreten bei Prozeſſen, die vor einem einzelnen, von der Obrigkeit ernannten Judex geführt wurden, und in welchen eine Formel mit juris civilis intentio vorkam (l); dieſe

(l) Gajus IV. § 107 vgl. mit § 104.

beiden Umſtände aber konnten in einem extraordinarium judicium nie eintreten.

Im Juſtinianiſchen Recht wird weder die Klageconſumtion, noch die mit ihr unzertrennlich verbundene exceptio rei in judicium deductae erwähnt, woraus unzweifelhaft erhellt, daß dieſe Inſtitute damals keine Geltung mehr hatten. Von einzelnen wichtigen Folgen der Conſumtion iſt auch die Aufhebung noch ausdrücklich ausgeſprochen (m).

Dagegen iſt hier die Einrede der Rechtskraft in ihrer poſitiven Function, als Schutz des Inhalts eines Urtheils, aus den Schriften der alten Juriſten ſo vollſtändig aufgenommen, daß dieſe Darſtellung für die Anwendung völlig genügt, wie ſich aus der folgenden Abhandlung ergeben wird. Auch iſt dieſe Geſtalt des Rechtsinſtituts ganz in unſere neuere Praxis übergegangen, und wenn ſich in dieſer nicht ſelten Abweichungen von dem R. R. eingefunden haben, ſo ſind dieſelben nicht aus Abſicht und Bewußtſeyn entſtanden, indem man das R. R. für unzureichend oder unzweckmäßig gehalten hätte; ſie ſind vielmehr lediglich aus mangelhafter Einſicht in die Rechtsquellen zu erklären.

(m) Dahin gehört *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 42). — Zum Theil iſt dahin auch zu rechnen die Aufhebung der alten Regel, daß der Kläger *plus petendo* ſein Klagerecht verlieren ſolle, denn dieſe Regel beruhte allerdings auf der Conſumtion der Klage, aber freilich nicht auf ihr allein, ſondern nur in Verbindung mit der certa intentio, wovon nach dem Untergang des ordo judiciorum ohnehin nicht mehr die Rede ſeyn konnte. Keller § 56.

Allerdings finden ſich in den Ausſprüchen der alten Juriſten über dieſe neuere Einrede der Rechtskraft einzelne Äußerungen eingemiſcht, die nur aus dem alten Inſtitut der Klagenconſumtion zu erklären ſind; dieſe zufällig erhaltenen Spuren aber ſind ſo einzeln und unzuſammenhängend, daß wir ſie erſt verſtehen gelernt haben, ſeitdem uns jenes Inſtitut durch die Inſtitutionen des Gajus bekannt geworden iſt. Es gehört dahin hauptſächlich die Erwähnung einer replicatio rei judicatae, wodurch in manchen Fällen die exceptio gleiches Namens entkräftet werden ſoll (Note k). Hier iſt allerdings die exceptio nur von dem alten Inſtitut der negativen Function zu verſtehen, und die Aufnahme ſolcher Stellen in die Digeſten wäre beſſer unterblieben, da die Schwierigkeit, zu deren Löſung ſie beſtimmt ſind, ohnehin verſchwunden war. Indeſſen war dieſe Aufnahme practiſch ungefährlich, indem daraus kein Zweifel über die letzte Entſcheidung irgend eines ſtreitigen Rechtsverhältniſſes abgeleitet werden kann.

§. 283.

Rechtskraft des Urtheils. Geſchichte. (Fortſetzung.)

Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verſchiedenen, Geſtalten oder Functionen iſt das glänzende Verdienſt des Werks von Keller (a). Auch ſoll man nicht verſuchen, dieſes Verdienſt durch die Bemerkung zu verkleinern, ſeit der Bekanntmachung der

(a) Keller § 28. 29. 30.

Institutionen des Gajus habe es blos vom Zufall abgehangen, wer zuerst den in ihnen enthaltenen Aufschluß benutzen wolle. Es ist vielmehr schon oben nachgewiesen worden, daß weder bei Gajus, noch in einem anderen Stück unsrer Rechtsquellen, beide Institute neben einander in ihrem eigenthümlichen Gegensatz erwähnt werden, so daß die Entdeckung dieses Gegensatzes nur durch die scharfsinnige Zusammenstellung und Vergleichung aller Theile der Rechtsquellen gefunden werden konnte.

Daß nun sämmtliche Schriftsteller vor der Bekanntmachung der Institutionen des Gajus von dieser besonderen Rechtsentwicklung keine Ahnung hatten, und dadurch in manche historische Irrthümer verfielen, kann ihnen gewiß nicht zum Vorwurf gereichen. Dagegen ist es nicht unnütz, die Art, wie spätere Schriftsteller die neue Entdeckung benutzt und verarbeitet haben, einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Hierin nämlich sind Misverständnisse ganz verschiedener Art wahrzunehmen.

Von einer Seite wird die Sache so aufgefaßt, als ob die Einrede in ihren beiden Functionen auch noch im heutigen Rechte fortdauere (b). Daß aber schon im Justinianischen Recht der Grundsatz der Klagenconsumtion, der mit der negativen Function untrennbar zusammenhängt, völlig verschwindet, ist schon oben bemerkt worden (§ 282). Die eben erwähnte abweichende Meinung ist jedoch in der That nicht so bedenklich, als sie auf den ersten Blick scheint.

(b) Vangerow Pandekten § 173.

Sie gründet ſich theils auf die ſchon erwähnten einzelnen Spuren des alten Rechtsinſtituts, welche ſich zufällig im Juſtinianiſchen Recht erhalten haben, theils darauf, daß manche wirkliche Beſtandtheile des allein noch übrigen Rechtsinſtituts mit dem alten Inſtitut der Klagenconſumtion irrigerweiſe in Verbindung geſetzt werden; dieſes Letzte deutlich zu machen, wird erſt weiter unten möglich ſeyn (§ 286). — Die hier bemerklich gemachte irrige Auffaſſung hat übrigens eine blos theoretiſche Natur; es wird aus der angeblichen Fortdauer der negativen Function im heutigen Recht durchaus keine practiſche Behauptung abgeleitet, die nicht auch aus der richtigen Auffaſſung vertheidigt werden könnte: insbeſondere wird nicht, wie man etwa befürchten könnte, der Einrede eine ungebührliche Ausdehnung zu geben verſucht (c).

Eine ganz verſchiedene Geſtalt hat das Misverſtändniß der neuen Entdeckung bei einigen andern Schriftſtellern angenommen (d). Es iſt nämlich oben erwähnt worden, daß zur Zeit der alten Juriſten beide Rechtsinſtitute neben einander beſtanden, und daß die aus dieſer Verbindung entſprungenen Schwierigkeiten von den alten Juriſten wohl erkannt und mit gutem Erfolg beſeitigt wurden (§ 282). Jene neueren Schriftſteller aber faſſen die Sache ſo auf. Nach ihrer Meinung haben ſich die Römer niemals von

(c) Vgl. den Schluß des § 282.

(d) Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts Th. 1. S. 250 bis 256. — Buchka B. 2 S. 76. 184. 192. 200.

den engen Feſſeln des Formularprozeſſes und der darauf beruhenden Conſumtion der Klagen befreien können, und auch noch im Juſtinianiſchen Recht ſoll dieſer unfreie Geiſt herrſchen. Erſt die Erleuchtung der neueren Praxis, behaupten ſie, habe jene Feſſeln abgeworfen, jetzt herrſche die reine aequitas, und Alles ſey nun in ſolcher Ordnung, wie man es nur wünſchen könne.

Bei dieſer Auffaſſung ſind zwei Dinge ſchwer zu begreifen. Erſtens, daß die ſpäteren Kaiſer, unter deren Rathgebern mitunter ſehr verſtändige Leute waren, gar nicht gemerkt haben ſollten, daß mit der Aufhebung des ordo judiciorum, d. h. des Formularprozeſſes, jeder Grund zu jener beklagenswerthen Knechtſchaft völlig aufgehört hatte. Zweitens, daß die Juriſten neuerer Zeit, deren Lehre und Praxis zuerſt die Feſſeln des R. R. nach jener Anſicht bewältigt hat, dieſes gleichfalls nicht gemerkt haben ſollten; denn es iſt augenſcheinlich, daß dieſe neueren Juriſten ihre Lehre nicht etwa im Widerſtreit mit dem R. R. durchzuführen ſuchten, ſondern ohne alle Ausnahme gerade aus den Quellen des R. R. ableiteten. Man müßte alſo annehmen, daß ſie einſichtiger waren, als ſie ſelbſt ahneten, und daß es erſt der neueſten Zeit vorbehalten war, ſie hierüber zu belehren. — Übrigens iſt auch dieſe irrige Auffaſſung mehr geſchichtlicher, als praktiſcher Natur, indem für das heutige Recht die Lehre, die in der That ſchon im R. R. enthalten iſt, anerkannt wird. Sie iſt aber gefährlicher, als die vorher erwähnte, indem ſie die richtige Be-

nutzung der Römiſchen Rechtsquellen durch irrige Vorausſetzungen verhindert, und zugleich in der angeblichen aequitas des heutigen Rechts einer gränzenloſen Willkühr Raum giebt, wovon vielleicht ſpätere Schriftſteller größeren Misbrauch machen dürften, als bisher in der That geſchehen iſt.

Über die Richtigkeit dieſer Auffaſſung muß der Erfolg die letzte Entſcheidung geben. Die ganze folgende Abhandlung der Rechtskraft 'geht darauf aus, ein in ſich geſchloſſenes Syſtem dieſer Lehre aus den Quellen des R. R. abzuleiten, und ich glaube, daß dazu die Digeſten ein völlig befriedigendes Material darbieten. Gelingt dieſer Verſuch, ſo iſt damit die eben erwähnte Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen dem Römiſchen Recht und dem heutigen Recht als grundlos erwieſen.

Aus der nunmehr beendigten geſchichtlichen Grundlegung zur Lehre von der Rechtskraft ergiebt ſich folgender Gang, welchen die jetzt folgende Darſtellung dieſer Lehre zu nehmen haben wird.

Die Formel des neueſten Rechts für die Rechtskraft (§ 281) geht dahin, daß jedem rechtskräftigen Urtheil ſeine Wirkſamkeit für alle Zukunft geſichert bleiben ſoll. Zur vollſtändigen Entwicklung dieſes Grundſatzes iſt eine zweifache Unterſuchnng and Feſtſtellung nöthig:

I. Bedingungen der Rechtskraft:

A. Formelle Bedingungen.

B. Inhalt des Urtheils, welcher als wahre Grundlage der Rechtskraft anzuſehen iſt.

II. Wirkung der Rechtskraft in die Zukunft, d. h. nothwendiges Verhältniß zwiſchen dem rechtskräftig entſchiedenen Rechtsſtreit und dem künftigen Rechtsſtreit, auf welchen jene Entſcheidung Einfluß haben ſoll. Dieſes nothwendige Verhältniß läßt ſich im Allgemeinen als Identität ausdrücken, welche in zwei verſchiedenen Beziehungen vorhanden ſeyn muß, wenn die Rechtskraft Einfluß haben ſoll:

A. Identität der Rechtsverhältniſſe (objective).

B. Identität der Perſonen (ſubjective).

In einfacheren Worten läßt ſich dieſes nothwendige Verhältniß ſo ausdrücken. Damit die rechtskräftige Entſcheidung einer früheren Klage auf die Entſcheidung einer ſpäteren Klage Einfluß haben könne, müſſen beide Klagen zwei Stücke mit einander gemein haben:

dieſelbe Rechtsfrage,
dieſelben Perſonen.

§. 284.

Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle.

Es iſt zunächſt zu beſtimmen, von welcher formellen Beſchaffenheit ein richterlicher Ausſpruch ſeyn müſſe, um den wichtigen Einfluß auf jeden ſpäteren Rechtsſtreit ausüben zu können, welcher mit dem Ausdruck der Rechtskraft bezeichnet worden iſt (§ 280).

Wenn wir, um dieſe Frage nach dem R. R. zu beantworten, den Standpunkt des Zeitalters wählen, in welchem der Formularprozeß beſtand, ſo hat es keinen Zweifel, daß die Rechtskraft jedem Urtheil zugeſchrieben werden mußte, das unter der Autorität einer richterlichen Obrigkeit von einem Judex ausgeſprochen war. Unter Judex aber iſt hier zu verſtehen die zur Entſcheidung eines Rechtsſtreits von der Obrigkeit ernannte Privatperſon, mochte dieſe Ernennung an eine einzelne Perſon gerichtet ſeyn, oder an ein Richtercollegium. Ferner iſt unter dem Urtheil des Judex, als Grundlage der Rechtskraft, nicht blos die eigentliche Sententia zu verſtehen (Condemnatio oder Absolutio), ſondern auch die derſelben bei manchen Klagen oft vorhergehende Pronuntiatio (§ 287).

Allein dieſer Fall war, wenn auch der regelmäßige und häufigſte, dennoch keineswegs der einzige, worin die Rechtskraft entſtehen konnte. Auch der Prätor konnte, ohne einen Judex zu ernennen, ſelbſt das Urtheil ausſprechen, und dieſes ging dann nicht minder in Rechtskraft über. Wenn dieſe Befugniß neuerlich in Zweifel gezogen worden iſt (a), ſo ſcheint dabei der allzu moderne Gedanke zum Grunde zu liegen, das Urtheilſprechen durch Privatperſonen ſey eingeführt worden als eine Theilung der richterlichen Gewalt, zum Schutz gegen ungerechte Willkühr von Seiten des Prätors. Allein gegen dieſe Gefahr ſchützten manche andere Schranken der obrigkeitlichen Gewalt, und die Prozeßführung vor dem

(a) Puchta Curſus der Inſtitutionen B. 2 § 175 Note n.

Judex war vielmehr eingeführt, und in der Regel unentbehrlich, weil ohne dieſelbe die Rechtspflege durch zwei Civilprätoren in Rom gar nicht hätte beſorgt werden können. Sie war aber faſt nur nöthig, wenn zweifelhafte Thatſachen feſtgeſtellt werden mußten, da bei unbeſtrittenen Thatſachen der Prätor eben ſo ſchnell und ſicher ſelbſt ein Urtheil ſprechen, als dem Judex eine Formel vorſchreiben konnte. So war es denn die allgemeine Anſicht der Römer, daß in Civilſachen, wie im Criminalprozeß, ein Judicium nur zur Entſcheidung beſtrittener Thatſachen angeordnet zu werden pflege (b). — Auch fehlt es nicht an ausdrücklichen Zeugniſſen, daß der Prätor eben ſowohl ſelbſt ein Urtheil ſprechen konnte, als ein von ihm ernannter Judex (c).

(b) Tacitus annal. XI. 6 *„non judicium (quippe ut in manifestos)*, sed poenam statui videbant."

(c) *L.* 81 *de jud.* (5. 1) (Ulpian.) „Qui *neque jurisdictioni praeest, . . . neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus est*, . . . judex esse non potuit" (dieſe Beide alſo ſind gleich fähig, in einer einzelnen Sache das Urtheil zu ſprechen). — Paulus V. 5 A. § 1 „Res judicatae videntur *ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur . . . .* ". Dieſe letzte Stelle emendirt Puchta a a. O. ſo: „Res judicatae videntur *a judicibus, qui* ab his, qui imperium etc. Dieſe Emendation aber gründet ſich weder auf eine Andeutung der Handſchrift, noch auf innere Nothwendigkeit, ſondern lediglich auf das Bedürfniß, eine Widerlegung der oben aufgeſtellten Meinung zu beſeitigen. Der handſchriftliche Text ſtimmt mit der voranſtehenden Stelle des Ulpian völlig überein. — Wenn der Prätor ohne Judex verurtheilte, ſo hat es kein Bedenken, daß daraus künftig eine eigentliche exceptio rei judicatae abgeleitet werden konnte. Wenn dagegen der Prätor die Klage ſogleich abſchlug, welches durch ein bloßes Decret geſchah, ſo konnte wenigſtens jener

Die hier aufgeſtellten Regeln gehen auf die ordinaria judicia; daneben aber hat es keinen Zweifel, daß in jedem extraordinarium judicium, z. B. bei Fideicommiſſen, der obrigkeitliche Beamte, der darüber zu urtheilen hatte, durch ſein Urtheil gleichfalls Rechtskraft erzeugte, und zwar mit dem Namen einer res judicata (§ 282. f). Dennoch iſt auch dieſer Fall der Rechtskraft in neuerer Zeit ohne Grund in Zweifel gezogen worden (d).

Dieſe letzte Regel, welche zur Zeit des Formularprozeſſes nur als ſehr beſchränkte Ausnahme zur Anwendung kommen konnte, wurde zur allgemeinen und einzigen Regel durch die Aufhebung des alten ordo judiciorum. Der nunmehr eintretende Zuſtand war ganz derſelbe, welchen allein wir in der heutigen Gerichtsverfaſſung aller Länder kennen.

Die bisher abgehandelte Seite der formellen Beſchaffenheit des zur Rechtskraft fähigen Urtheils hat eine blos geſchichtliche Bedeutung. Weit wichtiger, und gerade für

Name nicht wohl angewendet werden. Indeſſen mag man doch irgend eine Form gefunden haben, um auch dieſem abweiſenden Decret die Rechtskraft zu ſichern. Vgl. den Schluß der folgenden Note.

(d) Puchta Curſus der Inſtitutionen B. 2 § 177 Note o. Er nimmt an, das gewöhnliche Urtheil eines Judex habe wirklich neues Recht erzeugt, und ſey daher von jedem ſpäteren Richter anerkannt worden; das Urtheil eines Magiſtratus habe nur für die demſelben untergeordneten Perſonen bindende Kraft gehabt. — Dieſe Meinung wird unmittelbar widerlegt nicht nur durch die Rechtskraft des Erkenntniſſes über ein Fideicommiß (§ 282. f.), ſondern auch durch die Rechtskraft, die dem Decret der Obrigkeit über Gewährung oder Verſagung einer Reſtitution zugeſchrieben wird. *L.* 1 *C. si saepius* (2. 44). Denn auch dieſes war eine Entſcheidung extra ordinem.

das neuere und heutige Recht besonders wichtig, ist die folgende Seite desselben Gegenstandes.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß das Übel eines unheilbar ungerechten Urtheils, verglichen mit dem Übel einer endlosen Rechtsungewißheit, das geringere Übel sey, und daß daher die Gefahr desselben mit deutlichem Bewußtseyn übernommen werden müsse, um das sonst unvermeidliche größere Übel abzuwenden (§ 280). Bei diesem nothwendigen Entschluß wird jedoch die Natur des Übels, dessen Gefahr wir nothgedrungen übernehmen, und selbst die Wichtigkeit desselben nicht verkannt, und es ergiebt sich daraus die Aufgabe, diese Gefahr so viel möglich zu vermindern, sie in immer engere Gränzen einzuschließen.

Zu diesem Zweck dienen alle Anstalten für die Ausbildung und Auswahl der Richter; eben so dient dazu die Anordnung collegialischer Gerichte; endlich aber und ganz vorzüglich die Einrichtung, nach welcher die Prüfung und Entscheidung eines Rechtsstreits nicht mit einemmal abgethan wird, sondern in mehreren Abstufungen wiederholt werden kann.

Auf den ersten Blick scheint eine solche Einrichtung im Widerspruch zu stehen mit dem großen Werth, der gleich im Eingang dieser Abhandlung auf die unabänderliche Feststellung jedes Rechtsstreits durch richterliches Urtheil gelegt worden ist. Dieses geschah aber im Gegensatz einer endlosen, unbestimmbaren Unsicherheit der Rechtsverhältnisse für alle Zukunft. Damit ist nicht zu vergleichen die hier

angedeutete Einrichtung, bei welcher nur das Finden des unabänderlichen Urtheils unter mehrere Stufen richterlicher Thätigkeit vertheilt wird. Ein ſolches Verfahren läßt ſich bei guter Rechtspflege in mäßige Zeitgränzen einſchließen, und es wird dann ſtets in nicht entfernter Zeit ein Zuſtand eintreten, in welchem die wünſchenswerthe unzweifelhafte Rechtsſicherheit wirklich erreicht iſt.

Die großen Vortheile einer ſolchen Einrichtung für die Abwendung ungerechter Urtheile werden durch folgende Betrachtung einleuchten. Zunächſt iſt ſchon die blos wiederholte Prüfung eines Rechtsſtreits an ſich ſelbſt ein wirkſames Mittel ſowohl für die Parteien, als für den Richter, zu einer vielſeitigen Einſicht in das Weſen eines ſtreitigen Rechtsverhältniſſes zu gelangen. Dazu kommt aber zweitens der noch größere Vortheil, daß es bei dieſer Einrichtung möglich wird, die letzte Entſcheidung in einem zahlreichen, mit größter Sorgfalt beſetzten Gericht zu concentriren, welches dann eine höhere Sicherheit für die gründliche Urtheilsfindung gewährt.

Der üblichſte Kunſtausdruck, der in unſrer neueren Rechtsſprache zur Bezeichnung dieſer Einrichtung gebraucht wird, iſt folgender. Wir nennen *Inſtanzen* die einzelnen Stufen richterlicher Prüfung und Entſcheidung. In der Regel ſind dieſe verbunden mit der Unterordnung eines Gerichts unter das andere (niedere und höhere Inſtanz). Es kann aber auch bei demſelben Gericht unter gewiſſen Bedingungen eine ſolche wiederholte Prüfung vor ſich gehen.

Wie dieſe Einrichtung im Römiſchen Staat Eingang gefunden hat, ſoll nunmehr nachgewieſen werden.

Für das Daſeyn derſelben zur Zeit der freien Republik iſt durchaus kein Zeugniß vorhanden, und es beruht auf unrichtiger Deutung, wenn man Spuren ſolcher Art in dieſer Zeit wahrzunehmen geglaubt hat (e). Auch fehlte dazu eine Hauptbedingung, verſchiedene Obrigkeiten derſelben amtlichen Wirkſamkeit, deren eine der anderen untergeordnet geweſen wäre. Die Prätoren waren von geringerem Rang, als die Conſuln, jedoch in ihrem Amtskreiſe von dieſen durchaus unabhängig. Wohl hätte es ſich denken laſſen, daß von dem Urtheil eines Judex die Berufung an das höhere Urtheil des Prätors, der ihn beſtellt hatte, zugelaſſen worden wäre; aber gerade hierüber fehlt es aus der Zeit der Republik an Zeugniſſen.

Daran freilich iſt nicht zu zweifeln, daß auch in dieſer Zeit die Frage ſtreitig werden konnte, ob überhaupt ein Urtheil, und zwar ein der Form nach gültiges Urtheil, vorhanden ſey oder nicht (f), und dann mußte über dieſe

(e) Hollweg Prozeß B. 1 S. 347 Note 1 widerlegt dieſe irrige Meinung, die u. a. von Zimmern B. 3 S. 500 Note 7 aus wenig haltbaren Gründen vertheidigt wird. Beſonders Cicero in Verrem II. 13 ſpricht gewiß mehr dagegen als dafür, indem er dem Verres einen ſchweren Vorwurf daraus macht, daß er ſich durch ein Edict vorbehalten habe, über die Richtigkeit der Urtheile der Judices hinterher ſelbſt zu erkennen.

(f) Auf dieſen Fall bezog ſich ein beſonderes Rechtsinſtitut des älteren Rechts, die sententiae in duplum revocatio. Cicero pro Flacco C. 21. Paulus V. 5 A. § 5. 7. Auch in den Digeſten wird dieſer Fall erwähnt. *L.* 1 *pr. quae sent.* (49. 8). „Si quae-

Frage, ſo wie über jedes ſtreitige Rechtsverhältniß, der Prätor einen Judex entſcheiden laſſen. Allein ein ſolcher Streit über das Daſeyn, und vielleicht über die Nichtigkeit eines Urtheils, der zu allen Zeiten nur ausnahmsweiſe und ſelten vorkommt, iſt völlig verſchieden von den regelmäßig eintretenden Inſtanzen, in welchen der gerechte Inhalt jedes geſprochenen Urtheils geprüft werden kann, damit daſſelbe nach Befinden beſtätigt oder abgeändert werde.

Dagegen findet ſich die Einrichtung von Inſtanzen gleich im Anfang der Kaiſerregierung, und zwar merkwürdigerweiſe nicht allmälig und unmerklich entſtehend und fortſchreitend, ſondern ſogleich in völliger Ausbildung und Anerkennung. Dieſes erklärt ſich zum Theil daraus, daß jetzt die oben, in der Zeit der Republik vermißte Bedingung regelmäßiger Inſtanzen, nämlich die Unterordnung einer Obrigkeit unter eine andere, eingetreten war. Denn daß dem Kaiſer alle hohe Obrigkeiten, die alten, wie die neu erfundenen, untergeben ſeyen, bezweifelte Niemand.

So erſcheint ſchon Auguſt als die regelmäßige höchſte Inſtanz für alle Civilprozeſſe des ganzen Reichs. Da er aber die meiſten Geſchäfte dieſer Art unmöglich ſelbſt beſorgen konnte, ſo übertrug er dieſes höchſte Richteramt an ſtellvertretende Obrigkeiten: die Prozeſſe aus der Stadt an den Präfecten der Stadt, die aus jeder Provinz an ein-

ratur, judicatum sit, nec ne.“ Die Stelle iſt freilich aus einer ſpäteren Zeit, aber Gedanke und Ausdruck paßt eben ſo auch in die frühere.

zelne Consularen, deren jeder für Eine Provinz besonders ernannt wurde (g). Neben dem Kaiser aber übte ein gleiches höchstes Richteramt jetzt auch der Senat aus (h). Eine Berufung vom Senat an den Kaiser war unmöglich (i), und eine Berufung vom Kaiser aufwärts mußte vollends als eine Thorheit angesehen werden (k).

Ob diese merkwürdige Einrichtung als eine bloße Verwaltungsmaßregel aufgefaßt wurde, die sich als eine natürliche Entwicklung der höchsten Gewalt eines Einzelnen von selbst verstand, wissen wir nicht. Es ist aber auch sehr möglich, daß ein Volksschluß sie eingeführt hat, etwa die Lex Julia judiciaria. Ihre leichte und schnelle Einführung mag wohl durch ein längst empfundenes Bedürfniß begünstigt worden sein, welches erst in Folge der großen politischen Umwälzung seine Befriedigung finden konnte.

Als die Instanzeneinrichtung zu voller Ausbildung gelangt war, wurde sie in folgender Stufenfolge zur Ausführung gebracht.

(g) Sueton. August. C. 33. „Appellationes quotannis nrbanorum quidem litigatorum praefecto delegabat nrbis, at provincialinm consularibus viris, quos singulos cujusque provinciae negotiis praeposuisset.“ Es war eine übertragene Gerichtsbarkeit, die auch in unsren Rechtsquellen bald mandata bald delegata jurisdictio heißt. *Dig.* I. 21 und *L.* 1 *de damno inf.* (39. 2). Daß aber in vielen Sachen auch die Kaiser selbst persönlich entschieden, ist aus den Digesten bekannt. — Vgl. über die Geschichte der Instanzen im Allgemeinen: Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 170. Hollweg Prozeß B. 1 § 32.

(h) Tacitus annal. XIV. 28.

(i) *L.* 1 § 2 *a quibus app.* (49. 2).

(k) *L.* 1 § 1 *a quibus app.* (49. 2). „Et quidem stultum est, illud admonere, a principe appellare fas non esse, cum ipse sit, qui provocatur.“

Von dem Judex ging die Berufung an die Obrigkeit, die ihn beſtellt hatte, nie an eine andere oder höhere Obrigkeit (l); vom Prätor an den Präfecten der Stadt, von dieſem aufwärts an den Kaiſer (m).

So beſtand dieſe Einrichtung Jahrhunderte lang neben dem alten ordo judiciorum, und als ein demſelben eingefügter völlig neuer Beſtandtheil. Denn es muß wohl bemerkt werden, daß jede höhere Inſtanz extra ordinem vollzogen wurde (n), indem über eine Berufung die Obrigkeit der höheren Inſtanz ſtets in eigener Perſon, ohne Judex, entſchied. So fand ſich alſo in dieſem langen Zeitraum die merkwürdige Erſcheinung, daß gerade der höhere und mächtigere Theil der Rechtspflege außer derjenigen Form lag, die noch ſtets als die regelmäßige Grundlage der ganzen Gerichtsverfaſſung anerkannt wurde. Indeſſen würde es unrichtig ſeyn, dieſe Erſcheinung als eine Inconſequenz anzuſehen, oder auch als ein Zeichen, daß man die erwähnte Grundlage gering geachtet und vielleicht aufzugeben ſchon damals beſchloſſen habe. Der Grund derſelben liegt vielmehr in dem Weſen des Gerichtsverfahrens ſelbſt. Die ganze richterliche Thätigkeit läßt ſich auf zwei

(l) *L.* 1 § 3 *L.* 21 § 1 *de appel.* (49. 1), *L.* 1 *pr. L.* 3 *quis a quo* (49. 3). — Alle dieſe Stellen ſind aus ſehr ſpäter Zeit, es iſt aber weder unmöglich, noch unwahrſcheinlich, daß die Berufung vom Judex an den Prätor von Anfang an eintrat, ſobald nur überhaupt die Berufung an den Kaiſer das ganze Inſtitut der Inſtanzen hervorgerufen hatte.

(m) *L.* 38 *pr. de minor.* (4. 4).

(n) Hollweg Prozeß B. 1 S. 348.

Hauptſtücke zurückführen: Sammlung des Stoffes, und Bildung des Urtheils. In erſter Inſtanz nimmt jenes erſte Stück vorzugsweiſe Zeit und Arbeit in Anſpruch, und dazu gebrauchte der Prätor eine große Zahl von Privatrichtern als Gehülfen, denen er das Urtheil hypothetiſch vorſchrieb. Die höheren Inſtanzen dagegen benutzten den in erſter Inſtanz geſammelten Stoff, und was in ihnen zu deſſen Ergänzung vielleicht geſchehen muß, iſt verhältnißmäßig von geringer Bedeutung. Darum war hier der Judex unentbehrlich.

§. 285.

Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle. (Fortſetzung.)

Es iſt hier als bloße Thatſache angenommen worden, daß ein höchſtes Richteramt des Kaiſers, vom Anfang der neuen Verfaſſung an, ausgeübt wurde, und daß ſich hieran die vollſtändige Einrichtung eines Inſtanzenzuges anknüpfte. Bekanntlich aber gehört es zu der eigenthümlichen Natur der ganzen Staatsveränderung, daß man den äußeren Schein einer ganz neuen Gewalt überall zu vermeiden, und die wirkliche neue Macht auf alte, bekannte obrigkeitliche Würden zu gründen ſuchte, die nur, im Widerſpruch mit dem Weſen der alten Verfaſſung, in Einer Perſon vereinigt wurden. Zur Zeit der Republik nun hatten die höchſte richterliche Gewalt in Civilſachen zwei Prätoren, und unter den obrigkeitlichen Gewalten,

deren Titel und Macht dem Kaiſer übertragen wurden, war keine, in deren Amtskreis eine richterliche Gewalt, wenigſtens für die Stadt Rom, unmittelbar enthalten geweſen wäre (a). Es bedarf daher einer beſonderen Erklärung, durch welche künſtliche Verbindung jenes neue höchſte Richteramt an alte obrigkeitliche Gewalten angeknüpft wurde, indem es nur auf dieſem Wege möglich war, das eben angegebene Verfahren bei der Gründung der kaiſerlichen Gewalt auch in dieſer einzelnen Anwendung durchzuführen. Dieſe Unterſuchung iſt in der Beilage *XV.* angeſtellt worden, wo insbeſondere nachgewieſen wird, wie man dazu kam, zwei urſprünglich verſchiedene Kunſtausdrücke der alten Verfaſſung, appellatio und provocatio, bald als gleichbedeutende Bezeichnungen einer jeden Berufung auf eine höhere Inſtanz zu gebrauchen.

Unter Vorausſetzung von Inſtanzen wird es nöthig, zweierlei Urtheile zu unterſcheiden: die, bei welchen es unabänderlich bleibt, und die, welche durch eine weitere Inſtanz abgeändert werden können. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ſelbſt, die allein zu unſrer gegenwärtigen Aufgabe gehört,

(a) Dieſe Gewalten waren: Tribunitia potestas, proconsularis potestas, imperium, praefectura morum, die Würde des pontifex maximus. Nur in der proconsularis potestas lag unmittelbar eine Gerichtsbarkeit, aber mit geographiſcher Beſchränkung, und zunächſt nicht als höheres Richteramt mit Unterordnung anderer Obrigkeiten.

(§ 280), nur den unabänderlichen Urtheilen zugeſchrieben werden kann, und daß in dieſer Beziehung jedes Urtheil, das einer ferneren Prüfung unterliegt, vorläufig nur als der Verſuch eines Urtheils zu betrachten iſt, oder als einer der vielen Schritte im Laufe eines Prozeſſes, die zu einem letzten, bleibenden Urtheil zu führen beſtimmt ſind.

Das unabänderliche Urtheil nun, mit welchem allein wir hiernach uns zu beſchäftigen haben, nennen wir ein *rechtskräftiges*, und dieſer Kunſtausdruck der *Rechtskraft*, welcher erſt hierdurch nach der einen Seite hin ſeine volle Beſtimmtheit erhält, iſt auch ſchon bisher in dieſer Unterſuchung angewendet worden, um die Einwirkung auf den Inhalt der Rechte (welche die andere Seite der Betrachtung bildet) dadurch zu bezeichnen.

Fragen wir nun, welche Bedingungen vorhanden ſeyn müſſen, damit einem Urtheil überhaupt die beſondere Beſchaffenheit eines rechtskräftigen Urtheils zugeſchrieben werden könne, ſo läßt ſich dieſe Frage im Allgemeinen ſo beantworten. Das Urtheil iſt rechtskräftig:

1. wenn alle Inſtanzen erſchöpft ſind, wenn es alſo in letzter Inſtanz (in Rom von dem Kaiſer) geſprochen iſt;
2. wenn das Recht der Berufung auf eine fernere Inſtanz verloren iſt, oder wenn daſſelbe ausnahmsweiſe bei manchen Arten von Prozeſſen gar nicht zugelaſſen wird. Der Verluſt jenes Rechts tritt insbeſondere ein durch freiwillige Unterwerfung unter das Urtheil, ſo

wie durch den unbenutzten Ablauf der für eine Berufung vorgeſchriebenen Friſt.

Dieſe Zuſammenſtellung ſoll übrigens hier nur zu einer ungefähren Überſicht dienen; die genauere Unterſuchung und Feſtſtellung gehört lediglich in die Prozeßlehre.

Eine genauere Erwägung bedarf aber noch der Römiſche Sprachgebrauch. Wir ſind gewohnt, das rechtskräftige Urtheil res judicata zu nennen, alſo zwiſchen sententia und res judicata gerade ſo zu unterſcheiden, wie zwiſchen Urtheil überhaupt und rechtskräftigem Urtheil. Res judicata aber heißt eigentlich nur ein abgeurtheilter Rechtsſtreit, alſo ein Urtheil überhaupt. Zur Zeit der freien Republik nun, in welcher noch keine Inſtanzen beſtanden, war jedes Urtheil ſogleich rechtskräftig, und es war unbedenklich, ſich damals mit dem Ausdruck: exceptio rei judicatae zu begnügen, und darunter die Einrede aus einem rechtskräftigen Urtheil zu verſtehen.

Als aber Inſtanzen eingeführt wurden, unterließ man es, den Sprachgebrauch näher zu beſtimmen. Res judicata hieß nach wie vor jedes Urtheil (b), ſelbſt dann, wenn gegen daſſelbe eine Berufung möglich, oder ſogar wirklich eingewendet iſt (c). Nunmehr war der Ausdruck exceptio rei judicatae nicht ganz vorſichtig, indem derſelbe dem

(b) *L.* 1 *de re jud.* (42. 1). (Modestinus): „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit.“

(c) *L.* 7 *pr. de transact.* (2. 15). „Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.“ Eben ſo *L.* 11 *eod.*

Irrthum Raum laſſen konnte, als ob dieſe Exception auch durch ein nicht rechtskräftiges, vielleicht gar von einem höheren Richter abgeändertes Urtheil begründet werden könnte. Dennoch fiel es gewiß Keinem ein, ſo etwas zu glauben, und die Gefahr war auch ſchon dadurch practiſch ganz unerheblich, daß in allen Fällen ſolcher Art ohnehin ſchon eine exceptio rei in judicium deductae damals wirklich begründet war, die ungefähr dieſelben Wirkungen hervor brachte, wie die exceptio rei judicatae (§. 281).

Das canoniſche Recht änderte den Sprachgebrauch, und führte ganz denjenigen ein, deſſen wir ſeitdem uns allgemein bedienen (d). Nun heißt res judicata nicht mehr ein Urtheil überhaupt, ſondern ein rechtskräftiges Urtheil, d. h. ein ſolches, dem nicht mehr eine mögliche Abänderung in einer ferneren Inſtanz bevorſteht.

Wird nun überhaupt ein Inſtanzenzug und eine denſelben völlig ausſchließende Rechtskraft vorausgeſetzt, ſo iſt eine Anwendung dieſer Verhältniſſe auch auf das Innere des Prozeßverfahrens denkbar. Man kann auch bei manchen Ausſprüchen des Richters, welche nicht zur Entſcheidung des Rechtsſtreits ſelbſt, ſondern nur zur Vorbereitung dieſer Entſcheidung beſtimmt ſind, z. B. bei prozeßleitenden Decreten, oder bei Beweiserkenntniſſen, die Unabänderlichkeit, d. h. die Rechtskraft, und zu deren Abwendung eine Berufung auf höhere Inſtanzen annehmen.

(d) *C.* 13. 15. *X. de sentent.* (2. 27).

Ob dieſes räthlich iſt, und unter welchen Bedingungen es zugelaſſen werden ſoll, das ſind Fragen, die lediglich in das Gebiet der Prozeßlehre gehören, und ganz außer unſrer Aufgabe liegen. Dieſer Gegenſtand iſt hier nur berührt worden, um den Vorwurf zu verhüten, als ſey hier von der Rechtskraft gehandelt worden, ohne den großen Umfang, deſſen dieſes wichtige Rechtsinſtitut empfänglich iſt, vollſtändig in's Auge zu faſſen.

§. 286.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils, als Grundlage der Rechtskraft. — Arten des Urtheils.

Das Inſtitut der Rechtskraft iſt dazu beſtimmt, dem Inhalt jedes Urtheils ſeine Wirkſamkeit für alle Zukunft zu ſichern (§ 281). Dabei wird eine genaue Kenntniß dieſes Inhalts vorausgeſetzt, welcher die Grundlage der Rechtskraft ſeyn ſoll.

Zu dieſer Kenntniß des Inhalts gehört aber erſtlich die Angabe der verſchiedenen Möglichkeiten, die bei einem Urtheil vorkommen können, alſo der möglichen Arten des Urtheils. Damit werden zugleich die Gränzen möglicher Urtheile zu ziehen ſeyn, d. h. es iſt anzugeben, was nicht Inhalt eines Urtheils ſeyn, alſo nicht der Rechtskraft theilhaftig werden kann.

Zweitens gehört zu der Kenntniß des Inhalts die Angabe der Erkenntnißgründe, aus welchen wir jenen Inhalt zu ſchöpfen haben.

Es giebt zwei, und nur zwei Arten möglicher Urtheile in Beziehung auf ihren Inhalt (a):

A. Verurtheilung des Beklagten, also Erkenntniß nach dem Antrag des Klägers.

B. Freisprechung des Beklagten, also Erkenntniß nach dem Antrag des Beklagten.

Bevor diese beiden Arten des Urtheils in ihrem eigenthümlichen Inhalt genauer dargestellt werden, ist es nöthig, auf einige angebliche andere Arten einzugehen, aus deren Annahme die Unvollständigkeit der angegebenen Aufzählung hervorgehen würde. Es gehören dahin: 1. Gemischte Urtheile, 2. Unbestimmte Urtheile, 3. Verurtheilung des Klägers.

1. Gemischte Urtheile, d. h. die theils Verurtheilung, theils Freisprechung enthalten.

Daß diese überhaupt vorkommen können, ja daß sie sehr häufig vorkommen, soll gewiß nicht in Abrede gestellt werden. In der That aber bilden dieselben keine dritte Art, sondern es wird in solchen Fällen der Gegenstand des Urtheils in mehrere Theile zerlegt, deren jeder durch ein besonderes Urtheil (wenngleich in derselben Formel vereinigt) entschieden wird, so daß jedes dieser einzelnen Ur-

(a) *L.* 1 *de re jud.* (42. 1). „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: *quod vel condemnatione vel absolutione contingit.*“ — *L.* 3 *C. de sentent.* (7. 45). „Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, *quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.*“

theile eine reine Verurtheilung oder eine reine Freiſprechung enthält.

Beiſpiele: Aus einem Vertrag werden Hundert gefordert, der Richter verurtheilt auf Sechszig und ſpricht den Beklagten von Vierzig frei. Oder es wird das Eigenthum eines Grundſtücks eingeklagt, der Richter verurtheilt auf Zwei Drittheile des Grundſtücks, oder auf abgegränzte Stücke deſſelben, und ſpricht frei von Einem Drittheil oder von den übrigen abgegränzten Stücken.

Dabei iſt zuvörderſt die Eigenthümlichkeit des Römiſchen Formularprozeſſes wohl zu bemerken. Hatte die Klage eine certa intentio (b), ſo hatte der Judex nur die Wahl, entweder auf das Ganze zu verurtheilen, oder völlig freizuſprechen, ſelbſt wenn er die Klage für einen Theil des eingeklagten Gegenſtandes als begründet anſah. Hatte alſo der Kläger mehr gefordert, als ihm gebührte, ſo verlor er auch das, welches er zu fordern hatte, und zwar nicht zur Strafe für unbillige Übertreibung, ſondern lediglich in Folge der ſo gefaßten Formel, die dem Judex nur eine Alternative ſtellte, kein drittes zuließ (c). Bei der incerta intentio fiel dieſe Gefahr weg, weil der Umfang der Verurtheilung ganz in das Ermeſſen des Richters

(b) Z. B. Si paret, fundum Cornelianum Auli Agerii esse, oder: Si paret, Centum dari oportere . . . . condemna, si non paret, absolve.

(c) In dem: si non paret, absolve (Note b) war ſowohl der Fall, wenn der Beklagte Sechszig, als wenn er gar Nichts ſchuldig war, enthalten; auf beide Fälle ging die Anweiſung, zu abſolviren. Vgl. oben B. 5 § 215 und Keller § 56.

geſtellt war. Durch die Aufhebung des Formularprozeſſes hörte indeſſen dieſe Beſchränkung des Richteramtes mit allen ihren Folgen auf (d), und es trat für alle Klagen der natürliche Zuſtand ein, welchen allein wir in unſrem Prozeßverfahren kennen.

Wenn nun der Kläger einen beſtimmten Gegenſtand einklagt, z. B. Hundert Thaler, ſo iſt ſtets hinzuzudenken: Hundert oder weniger, ſo viel, als zu erlangen iſt. Der Richter iſt dann nur darin gebunden, daß er den eingeklagten Umfang nicht überſchreiten darf; innerhalb deſſelben hat er völlig freie Hand. Findet er nun den Anſpruch auf Sechszig begründet, ſo verurtheilt er auf Sechszig und ſpricht auf Vierzig frei. Eben ſo, wenn er die auf ein Grundſtück gerichtete Eigenthumsklage für Zwei Drittheile oder für beſtimmte Äcker in dieſem Grundſtück gegründet findet, da auch hier die Klage ſtets ſo gedacht werden muß: Ich fordere das ganze Grundſtück, oder ſo viel davon irgend zu erlangen iſt.

Für den Erfolg aber iſt es ganz gleichgültig, ob das Urtheil dieſen letzten Satz ausdrückt, oder nicht, da er ſich von ſelbſt verſteht, auch wenn er nicht ausgeſprochen wird. Man kann Dieſes ſo ausdrücken: Jedes Urtheil, worin der Beklagte auf weniger verurtheilt wird, als der Kläger forderte, iſt ſtets ein gemiſchtes Urtheil, indem darin die Freiſprechung von dem übrigen Theil der Forderung ſtillſchwei-

(d) § 33 *J. de act.* (4. 6).

gend mit enthalten ist. In keinem Fall also kann auf diesen übrigen Theil jemals wieder geklagt werden, auch wenn derselbe in dem früheren Urtheil nicht namentlich erwähnt ist. — Ja man kann sogar noch weiter gehen, und jede Verurtheilung überhaupt (auch ohne sichtbare Abweichung von dem Antrag des Klägers) als ein gemischtes Urtheil ansehen, indem dabei stets der stillschweigende Zusatz hinzu zu denken ist: Ein Mehreres hat der Kläger nicht zu fordern.

Diese Sätze lassen sich in folgende Formel zusammenfassen: Alles, was das rechtskräftige Urtheil nicht zugesprochen hat, obgleich es Gegenstand des Rechtsstreits geworden war und daher zugesprochen werden konnte (d. 1), ist als abgesprochen anzusehen. Oder mit anderen Worten: Durch das rechtskräftige Urtheil wird stets das streitige Rechtsverhältniß für immer festgestellt (e). Aus dieser

(d. 1) Diese Beschränkung des hier aufgestellten Satzes ist genau zu beachten, weil nur durch sie der Widerspruch mit den Grundsätzen von der Concurrenz der Klagen verhütet werden kann. Wenn daher durch die condictio furtiva auf Entschädigung wegen des Diebstahls geklagt und erkannt worden ist, so kann noch immer durch die actio vi bonorum raptorum, oder durch die actio furti auf eine Strafe geklagt werden. Denn in der ersten Klage hatte der Richter gar nicht die Möglichkeit, auf Strafe zu erkennen, so daß die Unterlassung des Straferkenntnisses nicht als stillschweigende Abweisung der Strafe angesehen werden kann. Vgl. B. 5 § 233. b. § 234. a.

(e) Keller S. 202 S. 584 Note 3. Buchka B. 2 S. 211. 212. — Dieser ungemein wichtige und in seinen Folgen reichhaltige Satz steht in geschichtlicher Verbindung mit der vertragsmäßigen (contractlichen oder quasicontractlichen) Unterwerfung beider Parteien unter das künftige Urtheil. Denkt man sich, welches nicht unwahr-

Digitized by Google

Regel ist denn auch für unser heutiges Recht der praktisch wichtige Satz abzuleiten, daß das stillschweigende Übergehen der omnis causa, so wie der Prozeßkosten, eben so zu betrachten ist, wie wenn sie ausdrücklich ausgesprochen worden wären (f).

Hält man fest an diesen Regeln, so vermindert sich die Wichtigkeit der oft aufgeworfenen Frage, ob der Kläger, der nach einer rechtskräftigen Verurtheilung seine Befriedigung noch nicht erlangt hat, blos mit der actio judicati klagen könne, oder auch mit der früheren, bereits abgeurtheilten Klage. Der Gebrauch der actio judicati macht die Sache klarer und einfacher, aber auch die frühere Klage ist ganz ungefährlich, wenn man sie nur unter die eben aufgestellten Beschränkungen stellt, so daß jeder Anspruch, der über die rechtskräftige Verurtheilung hinaus geht, durch die Einrede der Rechtskraft schlechthin ausgeschlossen ist. Wir müssen aber hierin noch weiter gehen. Da unser heutiger Prozeß weder Klagformeln, noch fest bestimmte Arten und Namen der Klagen kennt, sondern Alles von den Behauptungen und Anträgen der Parteien abhängen läßt, so haben wir oft gar kein durchgreifendes Mittel, zu unterscheiden, ob die actio judicati, oder vielmehr (unter

scheinlich ist, daß in den Stipulationen bei der L. C. stets die Worte vorgekommen seyn möchten: sententiae stari, amplius non peti (Brisson. de form. VI. 184), so wird die Sache noch anschaulicher. Vgl. oben § 258.

(f) Verzugszinsen. *L.* 13 *C. de usur.* (4. 32), *L.* 4 *C. depos.* (4. 34). — Prozeßkosten. *L.* 3 *C. de fruct.* 7. 51.

den oben aufgeſtellten Beſchränkungen) die frühere Klage angeſtellt iſt. Dieſe Unterſcheidung wird nur dann, alſo nur zufällig, mit Sicherheit vorgenommen werden können, wenn etwa der Kläger ausdrücklich nur aus dem Urtheil geklagt hat, ohne das urſprüngliche Rechtsverhältniß genau zu erwähnen, oder wenn umgekehrt die Klage nur auf dieſes frühere Verhältniß gegründet iſt, nur etwa mit beiläufiger Erwähnung des ſchon geſprochenen Urtheils.

Ganz auf ähnliche Weiſe verhält es ſich auch im Fall einer völligen Freiſprechung. Dieſe geht nämlich nicht blos auf das Ganze, ſondern auch auf jeden denkbaren Theil des Ganzen, weil auch auf dieſen der Richter hätte ſprechen können. Denn da die Klage auf Hundert ſtets ſo auszulegen iſt: Auf Hundert oder irgend eine geringere Summe, ſo hat auch das völlig freiſprechende Urtheil den Sinn, daß der Beklagte weder Hundert, noch irgend eine geringere Summe zu zahlen ſchuldig iſt.

Die hier aufgeſtellten Sätze ſind in der Praxis von jeher angewendet worden, wie verſchieden man ſie auch ausgedrückt und zu begründen verſucht haben mag. Seit der Entdeckung des Gajus hat man verſucht, dieſelben auf verſchiedene Weiſe an die Inſtitute des altrömiſchen Prozeſſes anzuknüpfen, dieſen alſo theilweiſe eine künſtliche Wiederbelebung zuzuwenden. Indem ich mich entſchieden gegen jedes Verfahren dieſer Art erkläre, muß ich voraus bemerken, daß dieſer Streit eine rein theoretiſche Natur hat, indem er blos die geſchichtliche Verknüpfung und die

Bezeichnung von Rechtssätzen betrifft, deren Inhalt und Wahrheit außer Streit ist.

So ist neuerlich behauptet worden, die Klagenconsumtion und die damit verbundene negative Function der Einrede der Rechtskraft gelte noch im heutigen Prozeß (§ 283. b). Allerdings führten diese Rechtsinstitute auf dieselben Sätze, die so eben aufgestellt worden sind, und bei einigen der angeführten Stellen des Römischen Rechts (Note f) ist auch ohne Zweifel an sie gedacht worden. Democh sind jene Institute schon im Justinianischen Recht völlig verschwunden, und wir gelangen jetzt zwar zu denselben praktischen Regeln, aber auf einem anderen Wege.

Ganz Dasselbe muß ich von der Behauptung anderer Schriftsteller sagen, daß die Novation des altrömischen Prozesses noch jetzt fortdauere. Das rechtskräftige Urtheil nämlich (sagt man) zerstöre die frühere Klage gänzlich durch Novation und setze die neue judicati actio an die Stelle (g). Was man damit practisch ausrichten will, ist wahr, aber die Herleitung und Bezeichnung ist nicht wahr. Die Novation im Prozeß, die selbst in den neu entdeckten Schriften der alten Juristen so sehr wenig erwähnt wird, war ohne Zweifel auf diejenigen Fälle beschränkt, worin die Klagenconsumtion ipso jure eintrat; Fälle, die schon Jahrhunderte vor Justinian völlig unmöglich geworden waren, und zu keiner Zeit positiv ausgedehnt worden sind. Auf welchem

(g) Diese Frage ist schon oben weiter ausgeführt § 258, besonders Note f.

Wege derſelbe practiſche Zweck im heutigen Prozeß erreicht wird, iſt ſo eben bereits gezeigt worden.

Faſſen wir die eben erörterte Streitfrage kurz zuſammen. Die Römer hatten in ihrem Prozeß einige alte Rechtsinſtitute, die zu Juſtinian's Zeit längſt verſchwunden waren, uns aber in der neueſten Zeit bekannt geworden ſind. In dieſen Juſtituten war Vieles ganz formell und hiſtoriſch: Anderes beruhte auf einem allgemeinen und bleibenden praktiſchen Bedürfniß, das eben durch jene geſchichtlichen Formen damals ſeine Befriedigung erhalten ſollte. In den anderthalb tauſend Jahren, ſeit welchen jene Formen verſchwanden, hat das praktiſche Bedürfniß ſtets fortgedauert, und man hat ſich auf andere Weiſe zu helfen geſucht, beſſer oder ſchlechter, mit mehr oder weniger deutlichem Bewußtſeyn, wie es eben gelingen wollte. Jetzt werden jene alten Formen entdeckt, und wir finden, daß die Römer dieſelben gebraucht haben, um praktiſche Bedürfniſſe zu befriedigen, die auch wir bisher anerkannt haben. Zu verwundern iſt daran nicht viel, da ja die Römer bei der Aufſtellung jener Formen nicht aus einer wunderlichen Laune zu Werke gingen, ſondern mit ächt praktiſchem Sinn, wovon ſie bekanntlich ein nicht geringes Maaß hatten.

Die neue Entdeckung zeigt uns alſo, daß wir uns das bleibende Weſen jener alten Rechtsinſtitute unter anderen Formen und Namen wirklich angeeignet haben, und dieſe Beſtätigung der Richtigkeit unſres Verfahrens iſt ſehr anziehend und belehrend. Sollen wir aber deshalb die alten

Namen und Formen hervorsuchen, und in dem heutigen Prozeß von Klageconsumtion, negativer Function, Novation sprechen? Ich muß ein solches Verfahren durchaus für eine falsche, verwirrende Gelehrsamkeit erklären, für einen Weg, der von der Wahrheit abzuführen geeignet ist.

Insbesondere muß dabei noch auf folgende Analogie des heutigen Rechts mit dem alten Recht aufmerksam gemacht werden. Nach der von mir oben aufgestellten Formel kommt Alles darauf an, was und wie viel zum Gegenstand des Rechtsstreits erhoben, und dadurch dem Urtheil des Richters unterworfen worden ist (S. 304). Wir können Das mit einem altrömischen Kunstausdruck so bezeichnen: Es kommt darauf an, was in judicium deducirt ist. Dabei ist nur der Unterschied zu beachten, daß die Römer den Umfang des in judicium deductum aus der formula, und zwar vorzugsweise aus der in derselben enthaltenen intentio beurtheilten; wir haben eine so feste, gleichförmige Prozeßform nicht, müssen uns aber an den Inhalt der Klagschrift (insbesondere des Antrags) halten, so daß unsre Beurtheilung dieses Gegenstandes auf der einen Seite freier, auf der anderen Seite aber schwankender und unsicherer ist, als es die der Römer war. Auch hierin also haben wir die Analogie eines altrömischen Rechtsinstituts vor uns, dessen genaues Studium uns sehr fördern und vergleichend belehren, dessen versuchte unmittelbare Anwendung aber nur irre führen kann.

2. Unbeſtimmte Urtheile.

Im Römiſchen Criminalprozeß wurden jedem Richter drei Täfelchen eingehändigt, bezeichnet mit C (condemno), A (absolvo), NL (non liquet). War die Stimmenmehrheit für non liquet, ſo wurde, nach einer unter unſren Schriftſtellern ſeit langer Zeit verbreiteten Meinung, der Angeklagte nicht für ſchuldlos erklärt, aber er blieb ohne Strafe; es war nach dieſer Meinung ähnlich unſrer Freiſprechung von der Inſtanz. Man könnte glauben, ein ähnliches nicht entſcheidendes Urtheil wäre auch im Civilprozeß möglich geweſen.

In der That aber verhielt es ſich auch ſchon im Criminalprozeß ganz anders. Wenn die meiſten Stimmen auf non liquet gingen, ſo lautete der Ausſpruch des vorſitzenden Prätors nicht: Non liquet, wodurch die Sache auf unbeſtimmte Zeit, vielleicht für immer, unentſchieden geblieben wäre, ſondern vielmehr: Amplius, welches die Folge hatte, daß die Verhandlung an irgend einem anderen nahen Tage fortgeſetzt wurde, bis die Richter glaubten, ein ſicheres Urtheil ausſprechen zu können. Der Ausgang jedes eingeleiteten Criminalprozeſſes war alſo ſtets Verurtheilung oder Freiſprechung, nie Unentſchiedenheit (h).

Eben ſo war aber auch im Civilprozeß zu allen Zeiten kein anderer Ausgang möglich, als durch Verurtheilung

(b) Dieſer Gegenſtand iſt ausführlich und gründlich behandelt von Geib Geſchichte des römiſchen Criminalprozeſſes. Leipzig 1842. S. 568–583.

oder Freisprechung, worunter auch die gemischten Urtheile mit begriffen sind; ein Urtheil mit non liquet war nie möglich.

Die regelmäßige Anweisung in der Formel: Si paret, condemna, si non paret, absolve, ließ für eine dritte Art von Urtheilen keinen Raum (Note b), und das zweite Glied der Alternative: si non paret, umfaßte nicht nur die Fälle, worin der Judex die bestimmte Überzeugung hatte, der Beklagte sey nicht verpflichtet, sondern auch die, worin es ihm an aller Überzeugung nach beiden Seiten hin gänzlich fehlte. Derselbe Satz, dessen Anerkennung so eben aus den Römischen Formeln nachgewiesen worden ist, wird von dem Standpunkt unsres wissenschaftlich ausgebildeten Prozeßrechts so ausgedrückt: Nach der Regel über die Beweislast darf und muß der Richter annehmen, die nicht erwiesene Klage sey nicht begründet. Es liegt hierin nur eine andere Auffassung und Bezeichnung desselben Satzes.

Es sind nur noch einige Stellen zu erklären, die auf die Möglichkeit eines solchen unentscheidenden Urtheils gedeutet werden könnten.

Gellius erzählt, er selbst sey einmal Judex gewesen, als ein sehr rechtschaffener Mann gegen einen Menschen von verdächtigem Charakter ein Darlehn einklagte, ohne Beweise führen zu können. Durch einen Eid: mihi non liquere, macht er sich frei von der Verlegenheit, gegen seine persönliche Meinung urtheilen zu müssen (i). Wollte man

(i) Gellius XIV. 2: „et propterea juravi, mihi non liquere, atque ita judicatu illo solutus sum.“

Das ſo verſtehen, als ſey nun das Urtheil non liquet geſprochen worden, ſo würde die oben aufgeſtellte Behauptung widerlegt ſeyn. Der Erfolg war aber nur der, daß dem Gellius geſtattet wurde, perſönlich aus dem auferlegten Judicium auszuſcheiden, und daß nun ein anderer Judex an ſeine Stelle trat (k).

Eben ſo kommt es vor, daß bei einem Richtercollegium Einer ſchwört, sibi non liquere, während die Uebrigen einverſtanden ſind. Das Urtheil derſelben iſt rechtsgültig, da ſie ja ſogar, wenn Jener ſeine entgegengeſetzte Stimme wirklich abgegeben hätte, durch Stimmenmehrheit entſchieden haben würden (l).

Wenn ein Schiedsrichter mit Beſchränkung auf beſtimmte Zeit gegeben iſt, und ſchwört, sibi nondum liquere, ſo muß ihm die Friſt verlängert werden (m). Auch in dieſem Fall alſo kommt ein Urtheil non liquet nicht vor.

---

3. Verurtheilung des Klägers.

Dieſer, in der oben gegebenen Aufzählung möglicher Urtheile nicht vorkommende Fall, kann hier einſtweilen nur der Vollſtändigkeit wegen mit aufgeführt werden. Die

(k) Auf gleiche Weiſe wurde ein anderer Judex ernannt, wenn der zuerſt ernannte vor dem Urtheil ſtarb oder wahnſinnig wurde: dasſelbe Judicium dauerte fort, und nur die Perſon wurde verändert. *L.* 32. 46. 60 *de jud.* (5. 1).

(l) *L.* 36 *de re jud.* (42. 1). Auch hier ſcheidet nur die einzelne Perſon aus, das Urtheil nimmt die Formel: Non liquet, nicht in ſich auf.

(m) *L.* 13 § 4 *de receptis* (4. 8).

Beurtheilung desſelben iſt erſt in Verbindung mit den freiſprechenden Urtheilen möglich (§ 288. 289).

§. 287.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Verurtheilung des Beklagten.

Nach dieſer vorläufigen Beſeitigung anderer denkbarer Arten des Inhalts eines Urtheils kehre ich jetzt zur genaueren Betrachtung der beiden aufgeſtellten Fälle (§ 286) zurück, welche als:

Verurtheilung des Beklagten, und
Freiſprechung des Beklagten

bezeichnet worden ſind, um für jeden derſelben beſonders feſtzuſtellen, was als wahrer Inhalt desſelben anzuſehen iſt.

Bei der Verurtheilung des Beklagten iſt es zuvörderſt nöthig, auf die beiden Hauptarten der Klagen zurück zu gehen: perſönliche Klagen und Klagen in rem (§ 206. 207).

Die Verurtheilung bei einer perſönlichen Klage iſt ſehr einfacher Art: ſie geht ſtets auf eine beſtimmte Handlung oder Unterlaſſung, die dem Beklagten als nothwendig auferlegt wird, übereinſtimmend mit dem Inhalt der Obligation, die den Grund der angeſtellten Klage enthält.

Die Klagen in rem ſind ſtets gegründet auf ein Verhältniß des Sachenrechts, Erbrechts, Familienrechts, welches der Kläger ſich zuſchreibt. Die Verurtheilung enthält

zunächſt die Anerkennung dieſes beſtrittenen Rechtsverhältniſſes in der Perſon des Klägers; daneben aber, und nur als abgeleitete Folge davon, die dem Beklagten auferlegte Nothwendigkeit einer Handlung oder Unterlaſſung.

Das Rechtsverhältniß, welches auf dieſe Weiſe in Folge einer Klage in rem anerkannt wird, iſt gewöhnlich ein ausſchließendes, welches nur der einen oder nur der anderen Partei allein zukommen kann, vielleicht auch keiner von beiden. Die Verurtheilung alſo, die in der Perſon des Klägers das Recht anerkennt, ſchließt eben daher auch den Satz in ſich, daß dieſes Recht dem Beklagten nicht zuſtehe. Das Urtheil braucht dieſen zweiten Satz nicht auszuſprechen, ſpricht ihn auch gewöhnlich nicht aus; es iſt aber ſtets ſo anzuſehen, als ob es ihn ausſpräche (a).

Endlich iſt für beide Klaſſen der Klagen die gemeinſame, ſchon oben aufgeſtellte Bemerkung in Erinnerung zu bringen, daß in gewiſſem Sinn jede Verurtheilung zugleich ein gemiſchtes Erkenntniß iſt, indem ſtets der Ausſpruch ſtillſchweigend hinzugedacht werden muß: mehr, als hier ausgeſprochen worden, liege in dem Recht des Klägers, in der Verpflichtung des Beklagten, nicht (§ 286).

(a) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2) „quia *eo ipso*, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, *tuam non esse.*“ — *L.* 30 § 1 *eod.* „Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: *quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet.*“ — *L.* 40 § 2 *de proc.* (3. 3) „nam cum judicatur, rem meam esse, *simul judicatur, illius non esse.*“

Die hier aufgestellten Sätze über den wahren Inhalt eines verurtheilenden Erkenntnisses sind aus der allgemeinen Betrachtung des Wesens eines solchen Urtheils abgeleitet, und haben daher keine geschichtliche Natur. Aus dem eigenthümlichen Entwicklungsgang des Römischen Rechts aber können Zweifel hergenommen werden, ob es sich so in der That zu allen Zeiten und bei allen Arten der Klagen verhalten habe.

Zu einem solchen Zweifel veranlaßt uns die sehr eigenthümliche, während der ganzen Zeit des Formularprozesses geltende Regel, nach welcher alle Condemnationen nur auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet werden konnten (b). Hiernach scheint es, daß die Verurtheilung auch bei den Klagen in rem, gerade so, wie bei den persönlichen Klagen, nur eine Leistung des Beklagten ausgesprochen, nicht ein Recht des Klägers anerkannt hätte.

Bevor die Lösung dieses Zweifels versucht wird, sind zuerst die Gränzen anzugeben, innerhalb welcher allein derselbe geltend gemacht werden kann.

Im ältesten Recht, d. h. vor der Einführung der formulae, galt jene Eigenthümlichkeit nicht, und eben so hat sie völlig aufgehört und ist Alles in das natürliche Verhältniß zurückgekehrt seit der Abschaffung des Formularprozesses, indem nunmehr wieder, so wie in der ältesten Zeit, auf die Herausgabe des streitigen Gegenstandes selbst, nicht auf

(b) Gajus IV. § 48

Zahlung einer Geldſumme, geſprochen, alſo das ſtreitige Recht unmittelbar dem Kläger zuerkannt wird (c).

Ferner iſt jenem Zweifel durchaus nicht die Bedeutung zu geben, als ob zur Zeit des Formularprozeſſes jemals der ſcharfe Gegenſatz der Klagen in rem und in personam verkannt oder verwiſcht worden wäre; vielmehr wurde dieſer Gegenſatz auf das Beſtimmteſte in der intentio ausgedrückt durch die Faſſung: rem *actoris esse*, oder aber: reum *dare oportere* (d). — Ja ſogar iſt es durch viele unzweifelhafte Stellen aus der Zeit des Formularprozeſſes unmittelbar gewiß, daß wirklich dem Kläger das Daſeyn eines Rechts in ſeiner Perſon zuerkannt wurde (e). Und

(c) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17) „Et si in rem actum sit . . . sive contra possessorem (judicaverit), jubere ei debet, *ut rem ipsam restituat cum fructibus.*“ — § 32 *J. de act.* (4. 6), *L.* 17. *C. de fideic.* (7. 4), *L.* 14 *C. de sentent.* (7. 45).

(d) Gajus IV. § 41. 86. 87.

(e) *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5) „per sententiam non debet servitus constitui, *sed quae est declarari.*“ — *L.* 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1) „Ubi autem alienum fundum petii, et judex *sententia declaravit meum esse.*“ — *L.* 58 *eod.* „Sed si . . . de ipso homine *secundum petitorem judicium factum esset*, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem aestimare.“ — *L.* 9 *pr.* § 1 *de exc. r. j.* (44. 2) „sive fuit judicatum, *hereditatem meam esse,*“ und nachher: „re secundum petitorem judicata . . . replicare eum oportere, de re secundum se judicata.“ — *L.* 3 § 3 *de rebus eorum* (27. 9) „si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et *contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt.*“ — *L.* 11 § 3 *de jurej.* (12. 2) „Si . . . juravero . . . id consequi debeo, quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*“ — *L.* 6 § 2 *de confessis* (42. 2) „Sed et si . . . confessus, perinde habearis, atque *si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset.*“ — Endlich auch *L.* 15, *L.* 30 § 1 *eod.* — *L.* 40 § 2 *de proc.* (ſ. o. Note a).

ſelbſt abgeſehen von dieſen einzelnen Zeugniſſen, geht dieſelbe Wahrheit aus dem ganzen Zuſammenhang der Einrede der Rechtskraft, ſo wie derſelbe unten dargeſtellt werden wird, mit voller Gewißheit hervor.

Endlich iſt noch zu erwägen, daß es für die Klagen aus Eigenthum und Erbrecht drei verſchiedene Formen gab, die nach Umſtänden eintreten konnten: Eine legis actio vor den Centumvirn, eine Sponſionsklage, und die arbitraria actio, die allein im neueſten Recht übrig geblieben iſt (f). Auf die beiden erſten Formen bezieht ſich der Zweifel gar nicht. Denn die erſte Form ſtand ganz unter den Regeln des älteſten Rechts, nicht des Formularprozeſſes. Die zweite Form war gerade darauf berechnet, daß über das Daſeyn des Rechts, und über dieſes allein, zunächſt geurtheilt werden ſollte (g). Der ganze Zweifel beſchränkt ſich alſo auf den Fall der arbitraria actio, d. h. der petitoria formula, und er nimmt hier nunmehr folgende Geſtalt an, in welcher ſich allerdings das Intereſſe der ganzen Frage ſehr vermindert.

Wir wiſſen ganz gewiß, daß das Endurtheil nur auf eine Geldzahlung gerichtet war, nicht auf die ſtreitige

(f) Gajus IV. § 91—95.

(g) Gajus IV. §. 93. 94. Es wurde folgende Sponſion geſchloſſen: Si homo, quo de agitur, ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Verurtheilte nun der Judex auf dieſe Summe, ſo hatte Das nicht die Folge, daß die Summe gezahlt werden mußte, ſondern daß die Bedingung der Sponſion (das Daſeyn des Eigenthums) rechtskräftig feſtgeſtellt war. Man drückte Dieſes ſo aus: Nec enim poenalis est (sponsio), sed praejudicialis.

Sache ſelbſt. Wir wiſſen eben ſo gewiß, daß über das Daſeyn des Eigenthums rechtskräftig entſchieden wurde, mit ſicherer Wirkung für alle Zukunft. Wie iſt nun dieſer ſcheinbare Widerſpruch zu löſen? In welcher Form konnte neben jenem auf Geld beſchränkten Inhalt des Urtheils dennoch für die rechtskräftige Anerkennung des Eigenthums geſorgt werden?

Der vollſtändige Verlauf einer ſolchen arbitraria actio war folgender (h). Wenn ſich der Judex von dem Eigenthum des Klägers überzeugt hatte, ſo ſprach er zunächſt die gewonnene Überzeugung von dem Recht des Klägers aus, und forderte den Beklagten auf, dem Anſpruch des Klägers freiwillig Genüge zu leiſten, d. h. die ſtreitige Sache herauszugeben. Gehorchte der Beklagte dieſem jussus oder arbitratus, ſo erfolgte eine Freiſprechung; gehorchte er nicht, ſo wurde er verurtheilt, aber nicht auf die Sache ſelbſt, ſondern auf eine Geldſumme, mit deren Beſtimmung beſondere Gefahren für den Beklagten verbunden waren.

Es ging alſo dem Befehl zur Reſtitution vorher ein Ausſpruch des Judex, welcher das Daſeyn des vom Kläger behaupteten Rechts ausdrücklich anerkannte. Dieſer Ausſpruch führte den techniſchen Namen Pronuntiatio, und auf ihn gründete ſich für alle Zukunft die Wirkung der Rechtskraft, alſo insbeſondere auch der Anſpruch des Klägers, in jedem künftigen Rechtsſtreit eine exceptio rei judicatae

(h) Dieſer Gegenſtand iſt oben ausführlich behandelt worden B. 5 § 221—223.

geltend zu machen (i). Daß dieſes ſich ſo verhielt, iſt jetzt unmittelbar gewiß geworden durch die neuerlich bekannt gemachten, von dem Anteceſſor Stephanus herrührenden griechiſchen Scholien zu den Digeſten, worin an fünf verſchiedenen Stellen der lateiniſche Kunſtausdruck Pronuntiatio hervorgehoben, und in der hier angegebenen Weiſe ausführlich erklärt wird (k). Damit ſtimmt zugleich eine bedeutende Zahl von Digeſtenſtellen überein, die ganz in demſelben Sinn die Pronuntiatio und das pronuntiare erwähnen (l). Auf den Grund dieſer Stellen war auch ſchon vor der erwähnten neuen Entdeckung von mehreren Schriftſtellern das wahre Verhältniß der Sache im Ganzen richtig erkannt und dargeſtellt worden (m). Ja ſelbſt wenn eine ſolche förmliche Handlung, wie ſie hier unter dem Namen der Pronuntiatio anerkannt worden iſt, nicht vorgekommen wäre, ſo hätte dennoch aus dem Urtheil eine Einrede der Rechtskraft abgeleitet werden können, wenn nur aus dem Inhalt des Urtheils unzweifelhaft hervorging, daß

(i) Ob dieſe Pronuntiatio gewöhnlich, oder auch nur zuweilen, den Namen einer sententia führte, kann dabei gleichgültig ſeyn. Auf den Zweifel über dieſen Punkt habe ich früher mehr Gewicht gelegt, als ihm gebührt.

(k) Zachariä v. Lingenthal von der Pronuntiatio, Zeitſchrift f. geſchichtl. Rechtswiſſenſchaft B. 14 S. 95—126.

(l) Vgl. oben Note a und e. Mehrere andere Stellen dieſer Art ſind angeführt bei Zachariä S. 101. 102.

(m) Keller § 27—31. Wetzell Vindicationsprozeß S. 107 bis 110. Dieſer letzte Schriftſteller bezeichnet zu ſcharf den vorläufigen Ausſpruch des Judex als ein eigentliches Präjudicium, und identificirt dadurch zu ſehr den Sponſionsprozeß mit der petitoria formula. Die Verſchiedenheit liegt aber hier mehr in der Form und dem Ausdruck, als in dem Weſen der Sache.

dabei die Anerkennung des Eigenthums als Grund und Bedingung der Entſcheidung wirklich vorausgeſetzt war. Dieſe Behauptung kann jedoch hier noch nicht gerechtfertigt werden, da ſie mit Demjenigen zuſammenhängt, welches unten über die Rechtskraft der Gründe geſagt werden wird. Durch dieſe Bemerkung ſoll darauf aufmerkſam gemacht werden, daß in der angegebenen Wirkſamkeit der Pronuntiatio nicht etwa eine zufällige und willkürliche Einrichtung lag, ſondern daß ſie in einem inneren Zuſammenhang ſtand mit der allgemeinen Auffaſſung der Rechtskraft überhaupt. Die Pronuntiatio diente dazu, daß das Daſeyn jenes Entſcheidungsgrundes nicht überſehen oder in Zweifel gezogen werden konnte.

§. 288.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Freiſprechung des Beklagten.

Von den beiden Fällen, die in dem Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils vorkommen können (§ 287), iſt jetzt noch der zweite, der Fall der Freiſprechung des Beklagten, in ſeiner eigenthümlichen Bedeutung und Wirkung feſtzuſtellen.

Die Freiſprechung des Beklagten, völlig gleichbedeutend mit der Abweiſung des Klägers, hat einen blos verneinenden Inhalt; die Anerkennung eines dem Beklagten zuſtehenden Rechts kann darin nicht enthalten ſeyn. Dieſer

wichtige und durchgreifende Unterschied der Freisprechung von der Verurtheilung läßt sich so ausdrücken: Aus der Verurtheilung kann der Kläger für die Zukunft, wie er es bedarf, sowohl eine Klage, als eine Exception ableiten, aus der Freisprechung an sich entspringt für den Beklagten nur eine Exception, keine Klage.

Der wahre Grund dieser beschränkteren Wirkung der Freisprechung liegt in der allgemeinen Natur des Rechtsstreits überhaupt. Jeder Kläger fordert die Hülfe des Richteramtes zur Abänderung des factisch bestehenden Zustandes, weil dieser mit dem wahren Recht nicht übereinstimme. Der Richter kann diese Hülfe nach Befinden gewähren oder verweigern, für eine andere Thätigkeit, insbesondere für eine solche, die zum Nachtheil des Klägers gereichen könnte, liegt in einer angestellten Klage kein Beweggrund.

Eine Bestätigung der Wahrheit des aufgestellten Unterschieds enthält auch die Fassung der Römischen formula: Si paret, condemna, si non paret, absolve. In dem condemna liegt die Nothwendigkeit eines positiven Handelns von Seiten des Beklagten, in dem absolve liegt die bloße Verneinung oder Verweigerung jeder Hülfe; ein Drittes aber ist dem Judex auszusprechen weder geboten, noch verstattet.

Die Anwendung der aufgestellten Regel auf persönliche Klagen erregt keine Art von Bedenken; der Kläger behauptet die Nothwendigkeit einer bestimmten Handlung von

Seiten des Beklagten, der Richter spricht aus, diese Nothwendigkeit sey nicht vorhanden.

Etwas anders steht die Sache bei den Klagen in rem. In den häufigsten und wichtigsten Fällen derselben, bei Eigenthum und Erbrecht, wird über das Daseyn eines Rechts von ausschließender Natur gestritten, so daß das Daseyn desselben in der einen Partei das Nichtdaseyn in der andern nothwendig in sich schließt (§ 287).

Indem nun der Kläger behauptet, daß ein solches Recht in seiner Person vorhanden sey, kann der Beklagte diese Behauptung auf verschiedene Weise zu bestreiten suchen. Er kann sich darauf beschränken, die Beweise des Klägers zu entkräften; er kann aber auch das Daseyn des bestrittenen Rechts in seiner eigenen Person behaupten und beweisen, wodurch dann das Recht des Klägers nach der aufgestellten Regel von selbst widerlegt ist.

Wenn nun der Beklagte diesen letzten Weg einschlägt und von seinem Recht den Richter überzeugt, so könnte man glauben, das Urtheil müsse auf Anerkennung des Rechts des Beklagten gehen, insofern also auf Verurtheilung des Klägers, so daß der Beklagte aus diesem Urtheil an sich für die Folge sowohl eine Klage, als eine Exception unmittelbar ableiten könnte. In der That aber verhält es sich nicht also; vielmehr beschränkt sich auch hier der Ausspruch auf die bloße Abweisung des Klägers, so daß durchaus kein Unterschied in dem Ausspruch des Richters eintritt, der Beklagte mag gewinnen, weil er selbst sein

Eigenthum bewieſen, oder weil blos der Kläger das ſeinige nicht bewieſen hat.

Die Wahrheit dieſer Behauptung folgt aus den ſo eben für alle Klagen aufgeſtellten allgemeinen Gründen, insbeſondere aus der ausſchließenden Alternative in der Römiſchen formula: Si paret, condemna, si non paret, absolve, die völlig gleichlautend war bei Klagen in rem, wie bei perſönlichen Klagen.

Eine unmittelbare Beſtätigung dieſes Satzes liegt aber auch in einer wichtigen Stelle des Gajus (a), deren Inhalt und Gedankengang ich hier darlegen will, um den entſcheidenden Theil derſelben für den angegebenen Zweck benutzen zu können.

Zwiſchen mir und dir (ſagt Gajus) iſt Streit über eine Erbſchaft; jeder von uns behauptet, allein Erbe zu ſeyn, und jeder beſitzt einige Sachen aus der Erbſchaft. Daraus folgt, daß ich gegen dich die Erbſchaftsklage anſtellen kann, eben ſo aber auch du gegen mich. Wenn nun zuerſt ich gegen dich geklagt habe, und ein rechtskräftiges Urtheil geſprochen iſt, dann aber du gegen mich klagen willſt: ſo fragt es ſich, ob Dieſes zuläſſig iſt, oder vielmehr durch die Einrede der Rechtskraft verhindert wird. Alles kommt auf den Inhalt des geſprochenen Urtheils an; biſt darin du verurtheilt, ſo wirſt du jetzt durch die Einrede ausgeſchloſſen, weil aus dem mir zuerkannten Erbrecht

(a) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2). (Gajus Lib. 30 ad ed. prov.). — Vgl. über dieſe Stelle Keller S. 224.

nothwendig folgt, daß du nicht Erbe biſt (§ 287. a). Wenn dagegen das geſprochene Urtheil mich abgewieſen hat, ſo hindert dich dieſes Urtheil an ſich nicht, die Klage anzuſtellen, in deren Entſcheidung der Richter völlig freie Hand hat; er kann mich verurtheilen, oder dich abweiſen, da es möglich iſt, daß die Erbſchaft weder mir, noch dir gehört. — Der letzte Theil der Stelle, auf den hier Alles ankommt, lautet wörtlich alſo:

> Interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio: quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse. Si vero meam non esse, *nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.*

Hier werden augenſcheinlich nur zwei Fälle möglicher Urtheilsfaſſung angenommen: eine Verurtheilung, und eine Freiſprechung, die an ſich das Recht des Beklagten ganz unentſchieden läßt, ſo daß dieſer zweite Ausſpruch als ſolcher bei einem künftigen Streit über dieſes Recht des Beklagten keinen Einfluß hat. Der Verfaſſer der Stelle ſetzt alſo unzweifelhaft voraus, daß der Ausſpruch einer Anerkennung des Erbrechts in der Perſon des Beklagten unmöglich ſey, indem er offenbar die Abſicht hat, die Fälle vollſtändig aufzuzählen, die bei dem Ausſpruch über den zuerſt geführten Rechtsſtreit möglicherweiſe vorkommen konnten.

Eine indirecte Beſtätigung der hier aufgeſtellten Regel liegt noch in der Entſcheidung eines verwandten Falles, die man auf den erſten Blick geneigt ſeyn könnte, als Widerlegung derſelben anzuſehen. Die Entſcheidung eines Rechtsſtreits durch einen zugeſchobenen Eid hat großentheils ähnliche Wirkungen, wie die Entſcheidung durch Urtheil, weshalb auch nicht ſelten beide Fälle der Entſcheidung als gleichartig zuſammengeſtellt werden (b). Schwört nun der Kläger den ihm zugeſchobenen Eid dahin ab, daß er Erbe (oder Eigenthümer) ſey, ſo erwirbt er für die Zukunft Klage und Einrede: ſchwört der Beklagte, der Kläger ſei nicht Erbe oder nicht Eigenthümer, ſo entſteht aus dieſem Eid eine bloße Einrede (c). Soweit ſteht der Fall des Eides dem des Urtheils völlig gleich.

Bei dem Eid aber kann auch noch ein anderer Fall eintreten. Die Faſſung deſſelben ſteht in der Willkühr deſſen, der den Eid zuſchiebt. Daher kann der Kläger den Eid auch ſo zuſchieben, daß der Beklagte ſchwöre, er (der Beklagte) ſey Eigenthümer. Wird dieſer Eid abgeſchworen, ſo erwirbt daraus der Beklagte für die Zukunft nicht nur eine Einrede, ſondern auch eine Klage, welches ausdrücklich von Ulpian bezeugt wird. Er ſpricht zuerſt von dem ſo eben ſchon erwähnten Fall, wenn der Beklagte

(b) *L.* 11 § 3 *de jurej.* (12. 2). „Si juravero . . hereditatem meam esse, id consequi debeo quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*“

(c) *L.* 11 § 3 *cit.*, *L.* 7 § 7 *de public.* (6. 2).

ſchwört, der Kläger ſey nicht Eigenthümer, und ſagt, aus dieſem Eid entſtehe nur eine Einrede, keine Klage (d):

> Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque *rem petitoris non esse* .... exceptione jurisjurandi utetur ... actionem non habebit ... non enim *rem suam esse* juravit, sed *ejus non esse.*

Dann geht er unmittelbar zur Betrachtung des von mir zuletzt erwähnten Falles über, wenn der Beklagte ſchwört, er ſelbſt ſey Eigenthümer, und ſpricht für dieſen Fall dem Schwörenden auch ſelbſt eine Klage zu.

> Proinde si, cum possideret, deferente petitore *rem suam esse* (e) juravit, consequenter dicemus ... actionem in factum ei dandam.

Dieſes iſt nun gerade der Fall, welcher nach der oben aufgeſtellten Behauptung in dem Ausſpruch des richterlichen Urtheils gar nicht vorkommen darf, ſo daß in Folge eines ſolchen Ausſpruchs der Beklagte niemals eine Klage erwerben kann. Meine Behauptung geht alſo dahin, daß hierin beide Arten der Beendigung eines Rechtsſtreits (Eid und Urtheil) völlig verſchieden ſind.

Es iſt aber auch in der That nicht ſchwer, den weſentlichen und nothwendigen Grund des Unterſchieds zu entdecken. Der Eid hat die Natur eines Vergleichs (f),

(d) *L.* 11 *pr.* § 1 *de jurej.* (12. 2).

(e) Die Florentina lieſt: rem suam juravit, ohne esse, wodurch der Satz zwar keinen anderen Sinn bekommt, aber hart wird. Das esse hat nicht blos Haloander, ſondern auch die Vulgata, welches Gebauer nicht bemerkt.

(f) *L.* 2 *de jurej.* (12. 2).

indem es ganz in der Willkühr des Zuschiebenden steht, ob und in welcher Formel er die Entscheidung des Streits dem Gewissen seines Gegners überlassen will. Läßt er also diesen schwören, der Beklagte sey Eigenthümer, so muß er sich die ausgedehnteren Folgen des so gefaßten Eides gefallen lassen, weil er durch seinen freien Willen diesen Ausgang herbeigeführt hat.

Gerade Dieses aber verhält sich bei dem richterlichen Urtheil ganz anders. Hier beruht Nichts auf der Willkühr der Parteien, Alles auf fest bestimmten Rechtsregeln. Es ist also ganz folgerecht, daß es dem Richter nicht verstattet ist, dem freisprechenden Urtheile die oben erwähnte größere Ausdehnung zu geben, während der Kläger sich dieser Ausdehnung durch seinen freien Willen wohl unterwerfen kann (g).

Aus der hier angestellten Untersuchung geht hervor, daß der Inhalt des Urtheils nur zwei Gegenstände haben kann: die Verurtheilung des Beklagten, oder die Freisprechung des Beklagten; daß also die Verurtheilung des Klägers darin nicht vorkommen kann. Dieser Satz ist als Regel hier dargestellt und gegen mögliche Zweifel in Schutz genommen worden. Es werden jedoch Ausnahmen

(g) Es wird indessen weiter unten (§ 290. 291) gezeigt werden, daß die hier nachgewiesene Unmöglichkeit einer Verurtheilung des Klägers weniger strenge praktische Folgen hat, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt seyn möchte.

von dieſer Regel behauptet, und es ſoll nunmehr dargethan werden, daß dieſe angeblichen Ausnahmen auf bloßem Schein beruhen (h).

§. 289.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers.

Es werden zweierlei Fälle angegeben, in welchen ausnahmsweiſe auch der Kläger ſoll verurtheilt werden können: die duplex actio und die Widerklage. Beide Fälle ſind ſowohl verwandt, als verſchieden: beide aber kommen darin überein, daß jede Partei wirklich Kläger und zugleich auch Beklagter iſt, nur in verſchiedenen Beziehungen. Wird alſo der urſprüngliche Kläger verurtheilt, ſo widerfährt ihm Dieſes nicht in ſeiner Eigenſchaft als Kläger, ſondern in der eines Beklagten. In der That alſo müſſen wir in dieſen Fällen nur Anwendungen und Beſtätigungen der aufgeſtellten Regel erkennen, nicht Ausnahmen derſelben.

I. Duplex actio.

Von dieſer Art der Klagen iſt ſchon oben gehandelt worden (§ 225). Die Eigenthümlichkeit derſelben liegt

(h) Die Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkoſten hat keinen Zweifel, kann aber unter dieſe Ausnahmen nicht gerechnet werden. Dieſe beruht auf den beſonderen, aus dem Prozeß entſpringenden Verpflichtungen; wir haben hier blos mit der Einwirkung des Urtheils auf die materiellen Rechtsverhältniſſe der Parteien zu thun, wie dieſelben unabhängig von dem Prozeß beſtanden.

darin, daß die erwähnte doppelte Eigenschaft der Parteien nicht erst durch die Willkühr des Beklagten, sondern durch die allgemeine Natur der Klage begründet wird, also durch den Richter überall zur Anwendung gebracht werden muß, wo nur die Umstände dazu geeiguet sind.

Es gehören dahin die drei Theilungsklagen und die zwei Interdicte zur Erhaltung des Besitzes.

Die Formel der Theilungsklagen bestand aus zwei Stücken, einem persönlichen und einem auf Adjudication gerichteten. — Wie das persönliche Stück lauten mußte, um jede Partei zum Kläger und Beklagten zugleich zu machen, wird bei der Widerklage gezeigt werden. — Die Adjudication aber war unpersönlich gefaßt, und in sofern ähnlich der intentio einer Klage in rem (a).

Die Formel der zwei erwähnten Interdicte war an beide Parteien gleichmäßig gerichtet (b), und drückte dadurch unmittelbar aus, daß beide in völlig gleicher Lage einander gegenüber stehen sollten, nicht in der bei anderen

(a) Gajus IV. § 42. „Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato." Der Name Titio scheint allerdings nicht zu der behaupteten Unpersönlichkeit der Formel zu passen, und könnte wohl auf einer unrichtigen Lesart beruhen; die gewöhnlichen Parteinamen: Aulus Agerius und Numerius Negidius scheinen absichtlich vermieden. Der unzweifelhafte Sinn würde am sichersten bezeichnet seyn durch utrique oder alteruter, da nach Umständen bald dem Einen das Ganze, bald Jedem ein Theil zuzusprechen ist.

(b) *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 16). „Uti ... possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto." — *L.* 1 *pr. de utrubi* (43. 31). „Utrubi hic homo ... fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto."

Klagen gewöhnlichen Verſchiedenheit eines Klägers und eines Beklagten.

II. Widerklage. (c).

Wenn auf eine angeſtellte Klage der Beklagte vor demſelben Richter und gegen denſelben Kläger eine Klage vorbringt, ſo führt dieſe zweite Klage den Namen Widerklage, vorausgeſetzt, daß ſie in irgend eine Verbindung mit der erſten Klage geſetzt wird (d).

Dieſe Verbindung kann eine zweifache ſeyn:

1. Sie kann zuweilen lediglich darauf ausgehen, daß dadurch der erſte Kläger genöthigt wird, ſich vor demſelben Richter verklagen zu laſſen, welchem er außerdem nicht unterworfen geweſen wäre (uneigentliche Widerklage). Dieſer Fall ſteht mit unſrer Aufgabe

(c) Vgl. überhaupt Linde Lehrbuch § 95. 211.

(d) Völlig verſchieden alſo von dem hier allein in Betracht kommenden Fall ſind alle die Fälle, in welchen zwiſchen denſelben Parteien vor demſelben Richter gleichzeitig mehrere Prozeſſe ohne Verbindung mit einander verhandelt werden, welches eben ſowohl vor demſelben Römiſchen Judex vorkommen konnte, als es jetzt vor demſelben Gerichtshof vorkommt. In dieſen mehreren Prozeſſen kann dieſelbe Perſon Kläger ſeyn (*L.* 18 *de except.* 44. 1), die Parteien können aber auch in entgegengeſetzten Parteirollen auftreten (*L.* 18 *pr. mand.* 17. 1, *L.* 18 *pr. de compens.* 16. 2, *L.* 1 § 4 *quae sent.* 49. 8), ohne daß deshalb der Fall einer Widerklage entſteht. Daher iſt der Ausdruck mutua petitio, der in den Fällen dieſer zweiten Art gebraucht wird, ja ſelbſt bei der bloßen Einrede der Compenſation (*L.* 6 *C. de comp.* 4. 31, *L.* 1 *C. rer. amot.* 5. 21) vorkommt, keine ſichere Bezeichnung der Widerklage, wofür überhaupt die Römer keinen Kunſtausdruck haben. Reconventio kommt in keiner ächten Stelle vor (*L.* 5 *C. de fruct.* 7. 51 iſt reſtituirt), und iſt erſt durch das canoniſche Recht eingeführt.

in gar keiner Berührung; er kommt übrigens auch ſchon im Römiſchen Recht vor (e).

2. Sie kann aber auch tiefer eingreifen, indem zugleich beide Klagen neben einander verhandelt und durch ein gemeinſames Urtheil entſchieden werden (simultaneus processus von den Neueren genannt). Dieſer Fall gehört inſofern zu unſrer Unterſuchung, als dadurch der Inhalt des Urtheils beſtimmt wird, und zwar auf ſolche Weiſe, daß ſcheinbar der Kläger verurtheilt werden kann, welches nach der oben aufgeſtellten Regel nicht ſollte geſchehen können.

Auch dieſer Fall kam im Römiſchen Recht vor, und ſelbſt zur Zeit des alten Formularprozeſſes. Es fragt ſich nur, wie es möglich war, zwei verſchiedene Prozeſſe in eine und dieſelbe Formel zu faſſen.

Dieſes war allerdings möglich, aber nur unter folgender Vorausſetzung: Die Widerklage mußte auf einer Gegenforderung *aus demſelben Rechtsgeſchäft* beruhen, welches nur bei den bonae fidei actiones vorkam. Wenn alſo gegen eine actio emti der Beklagte die actio venditi aus demſelben Vertrag vorbringen wollte, oder bei einer actio pro socio die gleichnamige Klage, oder bei

(e) *L.* 22 *de jud.* (5. 1.) — War die erſte Klage eine *extraordinaria*, ſo wurde dadurch auch die Widerklage vor den Präſes ohne Judex gezogen. *L.* 1 § 15 *de extr. cogn.* (50. 13.) — Wenn dagegen die erſte Klage vor eine Municipalobrigkeit, die nur über eine beſchränkte Summe richten durfte, gebracht war, ſo wurde dadurch dieſe Obrigkeit für die Widerklage von höherer Summe nicht kompetent. *L.* 11 § 1 *de jurisd.* (2, 1).

einer actio commodati directa die contraria, dann war eine Widerklage mit derſelben Formel, und durch daſſelbe Urtheil, wie die Hauptklage, zu beendigen möglich: in allen anderen Fällen, alſo bei allen Klagen aus nicht verwandten Entſtehungsgründen, war Dieſes unmöglich. Um aber doch auch in ſolchen Fällen dem praktiſchen Bedürfniß zu genügen, welches wir durch unſere Widerklage befriedigen, wurde die Sache ſo behandelt, daß beide verſchiedene Klagen gleichzeitig an denſelben Judex gewieſen wurden. Zugleich aber hatten kaiſerliche Conſtitutionen für dieſen Fall beſonders verordnet, daß aus dem zuerſt geſprochenen Urtheil Nichts gefordert werden könne, bevor auch über die gegenſeitige Klage entſchieden ſeyn würde (f).

Die Formel für die wahre Verbindung zweier verwandter Klagen wurde nun ohne Zweifel ſo gefaßt. Eine demonstratio bezeichnete das vorliegende Rechtsgeſchäft im Allgemeinen. Darauf folgte die intentio, etwa in dieſen Worten:

> Quidquid ob eam rem *alterum alteri* dare facere oportet ex fide bona, judex condemna (g).

(f) *L.* 1 § 4 *quae sent.* (49. 8). Dieſe etwas künſtliche Behandlung der Fälle ſolcher Art iſt der ſicherſte Beweis, daß eine eigentliche Widerklage in unſrem Sinn, bei nichtverwandten gegenſeitigen Forderungen, im Römiſchen Formularprozeß für unmöglich gehalten wurde.

(g) Unverkennbare Anſpielungen auf dieſe Formel und Vorausſetzungen ihres wirklichen Gebrauchs finden ſich in folgenden Stellen: Gajus III. § 137 (von den obligationes, quae *consensu* contrahuntur): „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, *quod alterum alteri ex*

Genau in derſelben Weiſe wird nun auch bei der oben erwähnten duplex actio die Formel gelautet haben, denn auch die Theilungsklagen waren bonae fidei (h). Der Unterſchied mag alſo wohl der geweſen ſeyn, daß bei der duplex actio jene Formel allgemein ſo gefaßt wurde, bei den Widerklagen aber nur, wenn der Beklagte beſonders um eine ſo gefaßte Formel bat, da es von ſeinem freien Willen abhing, ob er eine Widerklage vorbringen wollte (i).

bono et aequo praestare oportet.“ — CICERO top. C. 17. Er rühmt hier den Einfluß der Juriſten, die beſonders bei den Klagen ex fide bona, ut inter bonos, quid aequius melius Rath geben müſſen. „Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, . . illi quid . . *alterum alteri praestare oporteret* . . tradiderunt.“ — CICERO de off. III. 17. Er ſagt von den bonae fidei judiciis: „in his magni esse judicis statuere (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria) *quid quemque cuique praestare oporteret.*“ Alle dieſe Rathſchläge und Ausſprüche konnten ja nie zur Anwendung kommen, wenn nicht Formeln aufgeſtellt waren, die den Judex berechtigten und verpflichteten, über ſolche gegenſeitige Anſprüche wirklich zu entſcheiden.

(h) § 28 *J. de act.* (4. 6).

(i) Gajus ſagt in *L.* 18 § 4 *comm.* (13. 6), die contraria commodati actio ſey gewöhnlich nicht nöthig, weil man den Gegenſtand derſelben als Compenſation gegen die directa actio des Gegners geltend machen könne. Er fügt aber hinzu, es gebe dennoch Fälle, worin man jene Klage nicht entbehren könne; namentlich, wenn die directa actio wegen des zufälligen Untergangs der Sache oder wegen der freiwilligen Rückgabe gar nicht angeſtellt werde. An die Spitze dieſer Fälle der unentbehrlichen contraria actio ſtellt er folgenden: „Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat . . . dicemus, necessariam esse contrariam actionem.“ Das könnte man ſo verſtehen, als ob zur Zeit des Gajus eine Widerklage noch gar nicht möglich geweſen wäre, alſo deswegen eine die Hauptforderung überſteigende Gegenforderung niemals in dem Hauptprozeß hätte verfolgt werden können. Allein jene Worte erklären ſich eben ſo gut von einem Fall, worin nur Anfangs der erſte Beklagte die Höhe

Der Erfolg war am Ende des Rechtsſtreits ganz derſelbe: die Möglichkeit einer Verurtheilung nach beiden Seiten hin.

Nach dem Untergang des Formularprozeſſes machte ſich inſofern die Sache einfacher und leichter, als die Faſſung der Formel nicht mehr ein beſchränkendes Hinderniß abgab. Das ganze Verhältniß war nunmehr demjenigen ähnlich, welches wir in unſrem heutigen Prozeß kennen. Die Widerklage war nun in größerer Ausdehnung möglich, als früher, ſo daß ſie angebracht werden konnte, ohne Rückſicht darauf, ob ſie mit der Hauptklage einen gemeinſamen Entſtehungsgrund hatte, oder nicht. Das aber wurde gewiß immer gefordert, daß der Beklagte, der die Widerklage in denſelben Prozeß bringen wollte, darauf gleich Anfangs antragen mußte.

Juſtinian gab der Widerklage eine ſehr eigenthümliche Wendung, die in die neuere Praxis niemals Eingang gefunden hat. Er behandelte die Widerklage vor demſelben Gericht nicht blos als ein Recht, ſondern auch als eine Verpflichtung des Beklagten. Gefalle ihm dieſer Richter nicht, ſo könne er bewirken, daß beide Klagen gemeinſchaftlich vor einem anderen Richter (dem competenten Richter des Gegners) verhandelt würden. Unterlaſſe er

der Gegenforderung nicht überſah, und es deswegen unterließ, eine Formel zu begehren, wie die oben im Text angegebene. — Welche Änderung gerade hierin zur Zeit von Papinian eingetreten zu ſeyn ſcheint, davon wird ſogleich weiter die Rede ſeyn. (§ 290).

Beides, so müsse er seine gegenseitige Klage so lange gänzlich ruhen lassen, bis die gegen ihn angestellte zu Ende gebracht sey (k).

Es ist nöthig, vor jeder weiteren Erörterung den Zusammenhang der Widerklage mit der Compensation in's Auge zu fassen, indem diese einen ähnlichen, wenngleich nicht völlig gleichmäßigen, Entwicklungsgang gehabt hat, wie er so eben bei der Widerklage bemerkt worden ist. Dieselben Thatsachen können, bei einem Vertrag der oben bemerkten Art, sowohl zu einer Compensation, als zu einer Widerklage Veranlassung geben. Die Compensation reicht aus, wenn die Gegenforderung nicht weiter geht, als den Gegenstand der Hauptklage ganz oder theilweise durch Aufrechnung zu beseitigen. Geht sie auf eine höhere Summe als die der Hauptklage, so ist eine Widerklage nöthig, und wird auch diese versäumt, so kann die Gegenforderung nur durch eine abgesonderte neue Klage geltend gemacht werden (Note h). Zur Zeit des Gajus stand nun die Sache so, daß die Widerklage, wie die Compensation, auf Gegenforderungen aus demselben Rechtsgeschäft beschränkt war (l). Marc Aurel erweiterte den Gebrauch der Compensation dahin, daß sie vermittelst einer doli exceptio auch gegen jede Condiction vorgebracht werden konnte, also nun ohne

(k) Nov. 96 C. 2.

(l) Gajus IV. § 61: „ex eadem causa.“ und zwar als ein eigenthümliches Rechtsinstitut bei den bonae fidei actiones. — Die besonderen Fälle des Argentarius und des bonorum emtor im älteren Recht können hier natürlich nicht in Betracht kommen. Vgl. Gajus IV. § 64 sq.

Rücksicht auf die gemeinschaftliche Entstehung beider Forderungen (m). Diese Erweiterung der Compensation trat also weit früher ein, als die so eben erwähnte gleichartige Erweiterung der Widerklage, welche erst seit der Abschaffung des Formularprozesses angenommen werden kann. Der Grund dieses chronologischen Unterschiedes aber ist leicht einzusehen. Die Erweiterung der Compensation vermittelst einer ohnehin längst bekannten Einrede konnte vergehen, ohne irgend eine in der Form des Verfahrens begründete Schwierigkeit; die gleichartige Erweiterung der Widerklage war kaum möglich, so lange zwei völlig verschiedene gegenseitige Klagen in eine und dieselbe formula hätten zusammen gefaßt werden müssen. Trat daher ein Fall solcher Art ein, so blieb Nichts übrig, als zwischen denselben Personen zwei mutuae actiones gleichzeitig und vor demselben Judex zu geben (Note d. f.), wobei freilich die Wirkung nicht so verschieden von der einer eigentlichen Widerklage war, als man glauben möchte.

Diese ganze, die Widerklage betreffende Untersuchung ist hier lediglich als Grundlage zur Beantwortung der Frage angestellt worden, ob durch die Folgen der Widerklage eine wahre Verurtheilung des Klägers, abweichend

(m) Der geschichtliche Zusammenhang dieses Rechtsinstituts ist oben bei einer anderen Gelegenheit nachgewiesen worden B. 1 § 45 Note d.

von der im § 288 aufgestellten Regel, herbeigeführt werde. Die Antwort auf diese Frage kann nur eben so ausfallen, wie sie auf die gleichlautende Frage bei der duplex actio gegeben worden ist: dahin nämlich, daß auch bei der Widerklage die Verurtheilung des Klägers sich in bloßen Schein auflöst. Allerdings kann hier der ursprüngliche Kläger verurtheilt werden, aber wenn Dieses geschieht, so ist es nicht der Kläger, sondern der Beklagte, der in ihm verurtheilt wird, indem er in der That beide Eigenschaften in seiner Person vereinigt.

Das ganze Verhältniß der neben einer Klage vorkommenden Widerklage muß daher so aufgefaßt werden, als ob zwei Prozesse geführt, und zwei Urtheile gesprochen worden wären, bei welchen dieselben Personen, nur mit umgekehrten Parteirollen, auftreten. Der täuschende Schein, als ob ein Kläger verurtheilt werde, rührt blos von dem an sich zufälligen Umstande her, daß in diesem Fall beide Urtheile in eine einzige Urtheilsformel zusammengefaßt werden.

Dieses Verhältniß kann übrigens in den mannigfaltigsten Anwendungen vorkommen:

1. Gegen eine persönliche Klage kann sowohl eine persönliche Widerklage, als eine Widerklage in rem vorkommen.
2. Eben so gegen eine Klage in rem sowohl eine persönliche Widerklage, als eine Widerklage in rem (n).

(n) Inwiefern die ausschließende Natur eines forum rei sitae,

Es ergiebt ſich aus dieſer Unterſuchung, daß weder die duplex actio, noch die Widerklage einen Grund darbietet, die aufgeſtellte Regel von der unmöglichen Verurtheilung des Klägers (§ 288) in Zweifel zu ziehen.

Es kommen jedoch einige beſondere Anwendungen vor, in welchen es bezweifelt werden kann, ob die hier aufgeſtellten Grundſätze in unſren Rechtsquellen ſtreng feſtgehalten worden ſind, und ob wir damit völlig ausreichen, ohne ihnen einige mildernde Modificationen beizufügen. Dieſe ſollen nunmehr einzeln geprüft werden.

§. 290.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers. (Fortſetzung.)

I. Große Zweifel hat von jeher eine Verordnung Juſtinian's vom J. 530 erregt, die auf den erſten Blick ſo aufgefaßt werden kann, als ſollte dem Richter in allen Fällen geſtattet ſeyn, auch den Kläger, wenn er ihn ſchuldig finde, zu verurtheilen. Bevor der Text dieſer Stelle mitgetheilt und im Einzelnen erklärt wird, ſcheint mir folgende Einleitung nöthig.

Juſtinian geht aus von einem Ausſpruch des Papi-

wenigſtens bei Grundſtücken, hierin eine Ausnahme begründet, die nach R. R. nicht anzunehmen, nach der gemeinrechtlichen Praxis ſehr beſtritten iſt, gehört als reine Prozeßfrage nicht in den Kreis unſrer Unterſuchung. Vgl. hierüber Glück B. 6 § 515. Linde Lehrbuch § 88. 90. Heffter Archiv für civil. Praxis B. 10. S. 215.

nian, der einen neuen Rechtsſatz aufgeſtellt zu haben ſcheint. Dieſer Rechtsſatz wird von dem Kaiſer nicht nur beſtätigt, ſondern auch für die Anwendung erweitert; worin dieſe Erweiterung beſteht, iſt klar genug angegeben. In der Hauptſache haben wir daher mit einem Ausſpruch von Papinian zu thun, der uns nicht wörtlich mitgetheilt iſt, und den wir alſo aus dem ſonſt bekannten Recht ſeiner Zeit zu erläutern und zu ergänzen haben werden, allerdings mit Rückſicht darauf, daß er wahrſcheinlich das beſtehende Recht frei behandeln und fortbilden wollte.

Augenſcheinlich iſt das allgemeine Verhältniß vorausgeſetzt, welches bei jeder Widerklage zum Grunde liegt; ſonſt könnte ja nicht von Verpflichtungen des Klägers und von einer Verurtheilung deſſelben die Rede ſeyn. Es wird aber nicht geſagt, daß der Beklagte eine Widerklage ausdrücklich angeſtellt habe; vielmehr ſcheint die Stelle voraus zu ſetzen, daß erſt im Laufe des Rechtsſtreits eine überſchießende Verpflichtung des Klägers klar geworden ſey.

Faſſen wir dieſe Umſtände zuſammen, ſo ergiebt ſich der folgende wahrſcheinliche Zuſammenhang. Papinian ſetzt nothwendig voraus den Fall von gegenſeitigen Anſprüchen aus Obligationen, und zwar aus ſolchen Obligationen, die ihren gemeinſamen Urſprung in einem bonae fidei Contracte haben; denn ohne dieſe Vorausſetzung war zu ſeiner Zeit, und ſo lange der Formularprozeß beſtand, ſelbſt eine ausdrückliche Widerklage ganz unmöglich (§ 289). Er denkt alſo nothwendig an gegenſeitige An-

ſprüche ex eadem causa, ex eodem negotio, und dieſe Vorausſetzung erhält eine nicht geringe Beſtätigung durch die Schlußworte: eum habere et contra se judicem *in eodem negotio*, non dedignetur (a).

War nun in einem ſolchen Fall die Widerklage gleich bei der Litisconteſtation angebracht, und in Folge derſelben die Formel gegeben: quidquid *alterum alteri* dare facere oportet (§ 289), ſo verſtand ſich ſchon lange vor Papinian die Befugniß des Richters zur Verurtheilung des urſprünglichen Klägers (der zugleich Widerbeklagter war) ſo ſehr von ſelbſt, daß unmöglich die Anerkennung dieſer Befugniß als ein beſonderer und neuer Gedanke Papinian's angeſehen werden konnte.

Wenn dagegen Anfangs der Beklagte annahm, ſeine Gegenforderung werde der Hauptforderung nicht gleichkommen, in welchem Fall die Einrede der Compenſation ausreichte, wenn er deswegen jene Formel zu begehren verſäumte, und erſt während des Prozeſſes einſah, daß er mehr, als ſein Gegner, zu fordern habe, dann konnte noch zur Zeit des Gajus eine Verurtheilung des urſprünglichen Klägers nicht erfolgen, vielmehr mußte deshalb eine neue Klage angeſtellt werden. Papinian's neue Meinung ſcheint nun dahin gegangen zu ſeyn, auch in dieſem

(a) Ich betrachte alſo dieſe Worte als bedeutend nur in Verbindung mit den angeführten übrigen Gründen, und beſtreite nicht, daß ſie für ſich allein auch ſo verſtanden werden könnten: in demſelben Prozeſſe. Dieſe letzte Erklärung vertheidigt ausführlich Sartorius Widerklage S. 319. 323—329.

Fall die Verurtheilung des erſten Klägers zu geſtatten, alſo eine ſtillſchweigende Widerklage anzunehmen (b), vorausgeſetzt, daß ohnehin der Magiſtratus, der den Judex gegeben hatte, für beide Parteien competent war.

Juſtinian beſtätigte dieſen Ausſpruch, und erweiterte ihn noch dahin, daß Daſſelbe gelten ſollte, auch wenn der Richter für den erſten Kläger urſprünglich nicht competent war, ſondern erſt durch die (ſtillſchweigende) Widerklage competent wurde.

Die Stelle ſelbſt, deren Erklärung einſtweilen vorausgeſchickt worden iſt, lautet nun ſo:

L. 14 *C. de sent. et interl.* (7. 45).

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P.

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare (c), sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus (d), condemnare:

(b) Vgl. § 289 Note h, wo die entgegengeſetzte Anſicht des Gajus ausführlich erörtert iſt.

(c) judicare iſt durch Handſchriften und alte Ausgaben beglaubigt und nach dem Zuſammenhang allein möglich. Der Text der Göttinger Ausgabe hat noch die ſinnloſe Leſeart judicatae.

(d) d. h. „Wenn ſich nun im Lauf der Verhandlungen ergiebt, daß der Beklagte aus dieſem Geſchäft Gegenforderungen hat, und zwar ſolche, die den Betrag der Hauptforderung überſteigen.“ Dieſe zufällige Wahrnehmung war bei Gegenforderungen aus demſelben Geſchäft, die bei der L. C. und in der Formel gar noch nicht erwähnt zu ſeyn brauchten, ſehr wohl möglich, bei fremdartigen Gegenforderungen nicht. Waren aber dieſe ſchon Anfangs vorgebracht, ſo hatten ſie die Natur einer ausdrücklichen Widerklage, an deren Zuläſſigkeit für alle Fälle, wenigſtens in Juſtinian's Zeit, ohnehin nicht zu zweifeln war.

hujusmodi sententiam non solum roborandam (e), sed etiam augendam esse sancimus (f), ut liceat judici, vel contra actorum ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare (g), nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur (h). Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem *in eodem negotio* (i), non dedignetur. 530.

Die hier verſuchte Erklärung der ſtreitigen Verordnung ſtimmt in ihrem Reſultat mit den Anſichten der meiſten älteren, und auch mehrerer neuerer Schriftſteller (k) überein;

(e) Wenn Juſtinian hier ſagt, daß er vor Allem den Ausſpruch des Papinian beſtätige, ſo folgt daraus, daß er gerade von dem Fall ſprechen will, der allein dem Papinian vor Augen ſtehen konnte.

(f) Dieſe Erweiterung könnte an ſich auf zweierlei Weiſe gedacht werden: als Anwendung auf andere Fälle, oder als Anwendung unabhängig von der richterlichen Competenz. Die Fälle erwähnt der folgende Theil der Stelle gar nicht, die Unabhängigkeit von der Competenz wird dagegen ausgeſprochen; daher kann in dieſer allein die neue Erweiterung enthalten ſeyn, woraus zugleich folgt, daß Papinian gerade hierin ſo weit nicht gehen wollte.

(g) An ſich geht jede Verurtheilung auf ein dare oder facere nach der allgemeinen Bedeutung dieſer Worte. Erwägt man aber, daß im Formularprozeß dare facere oportere der charakteriſtiſche Inhalt der intentio bei den perſönlichen Klagen war, und zugleich, daß der Geſetzgeber eine Stelle des Papinian vor Augen hatte, worin gewiß dieſe Worte in ihrem ächten, techniſchen Sinn gebraucht waren, ſo liegt in dieſen Worten eine Beſtätigung meiner Vorausſetzung, daß in der ganzen Stelle vor Allem nur von gegenſeitigen Obligationen die Rede iſt.

(h) In dieſen Worten liegt nun die neue Vorſchrift von Juſtinian, ſie erklären alſo die vorhergehenden Worte: sed etiam augendam esse.

(i) Vgl. über dieſe Worte die Note a.

(k) Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 S. 312. 313. Hefſter Archiv für civil. Praxis B. 10 S. 212. 213.

Andere dagegen behaupten in größter Ausdehnung, daß nach dieſer Stelle ſtets der Kläger verurtheilt werden könne, auch wenn die beiderſeitigen Anſprüche nicht durch einen gemeinſamen Entſtehungsgrund in Verbindung ſtehen ſollten (l).

Ich faſſe das Reſultat dieſer Erklärung kurz zuſammen. Die unbeſchränkte Ausdehnung, in welcher überhaupt Widerklagen ausdrücklich vorgebracht werden können, iſt ſchon oben anerkannt worden (§ 289), und wird in der vorliegenden Verordnung nicht berührt. Dieſelbe nimmt aber auch eine ſtillſchweigende Widerklage, mit möglicher Verurtheilung des Klägers, an, wenn ſich deſſen höhere Gegenanſprüche erſt im Laufe des Rechtsſtreits ergeben; Dieſes jedoch nur in den Fällen, worin die Gegenanſprüche auf demſelben Rechtsgeſchäft, wie die Hauptklage, beruhen.

Es fragt ſich nun, ob dieſe eigenthümliche Beſtimmung auch für das heutige Prozeßrecht anzuerkennen iſt. Ich glaube, Dieſes beſtimmt verneinen zu müſſen, und zwar nach der Analogie der von dem jüngſten Reichsabſchied gegebenen ſtrengen Vorſchrift über die Einreden. Denn wenn ſchon die Einreden, die nicht bei der erſten Einlaſſung

(l) Sartorius Widerklage S. 43—59. 319. 323—329. Obgleich derſelbe in der Erklärung der hier beſprochenen Geſetzſtelle völlig von mir abweicht, ſo kann ich ihn doch im letzten Reſultat nicht eigentlich als Gegner anerkennen. Er behauptet nämlich, wenn ich ihn recht verſtehe, die unbeſchränkte Anwendung einer ausdrücklich vorgebrachten Widerklage, und damit bin ich für die Zeit von Juſtinian, wie für den heutigen Prozeß, völlig einverſtanden. Ich halte ſeine Anſicht nur darin für irrig, daß er hierauf die Stelle *L.* 14 *C. de sent.* bezieht, die ich von einer ſtillſchweigenden, jedoch nur in ſehr beſchränkter Weiſe zuzulaſſenden, Widerklage verſtehe.

vorgebracht werden, für dieſe Inſtanz verloren ſeyn ſollen, ſo muß Dieſes um ſo mehr für eine Widerklage gelten, die der Beklagte als Widerklage bei der erſten Einlaſſung vorzubringen unterläßt. Wenngleich vielleicht der Grund, woraus ſpäterhin die Widerklage abgeleitet werden ſoll, zum Zweck einer Exception wirklich vorgebracht worden iſt, ſo iſt es doch für die Ordnung des Prozeſſes und für das Vertheidigungsſyſtem des Klägers von großer Wichtigkeit, daß der Beklagte die Abſicht einer Widerklage, wenn er dieſe gebrauchen will, gleich Anfangs beſtimmt ausſpreche.

Die Richtigkeit dieſer Behauptung wird auch durch einen weit älteren Ausſpruch des canoniſchen Rechts beſtätigt. Wenn nämlich gegen irgend eine Klage die Einwendung einer Spoliation vorgebracht wird, ſo kann Dieſes in einem zweifachen Sinn geſchehen: als bloße Einrede und als Widerklage. Nun verordnet P. Innocenz III., daß im erſten Fall höchſtens die Klage ausgeſchloſſen ſeyn, im zweiten auch der Kläger verurtheilt werden könne (m). Darin liegt die deutlich ausgeſprochene Vorſchrift, daß eine von dem Beklagten vorgebrachte Thatſache nicht hinterher zum Zweck einer Widerklage verwendet werden könne, daß ſie vielmehr, um als Widerklage zu wirken, gleich Anfangs zu dieſem Zweck aufgeſtellt werden müſſe.

Nach dem hier aufgeſtellten Reſultat verſchwindet auch jeder Schein eines Zweifels, der aus der hier erörterten

(m) *C. 2 X. de ord. cogn.* (2. 10).

Verordnung Juſtinian's gegen die Allgemeinheit der Regel hergeleitet werden könnte, nach welcher der Kläger als ſolcher niemals ſoll verurtheilt werden können (n).

II. Von der Eigenthumsklage iſt oben (§ 288) nachgewieſen worden, daß ſie nur zu einem zweifachen Ausgang führen kann: zur Verurtheilung des Beklagten, d. h. zur Anerkennung des Eigenthums in der Perſon des Klägers; zur Freiſprechung des Beklagten, welche zwar nicht immer, aber doch in den meiſten Fällen, den Ausſpruch, daß der Kläger nicht Eigenthümer ſey, in ſich ſchließen wird. Ein dritter Fall, nämlich die unmittelbar ausgeſprochene Anerkennung des Eigenthums in der Perſon des Beklagten, alſo die Verurtheilung des Klägers, iſt ſelbſt dann nicht zuläſſig, wenn der Beklagte den Richter von ſeinem Eigenthum wirklich überzeugt, und eben dadurch die Abweiſung des Klägers bewirkt hat.

Dieſer letzte Satz, in ſo nothwendigem Zuſammenhang er mit der ganzen Reihe der hier aufgeſtellten Rechtsregeln ſteht, kann jedoch nach Umſtänden ſehr unbillige Folgen und eine Gefährdung des wirklichen Rechts hervorrufen. Wenn es dem Beklagten gelingt, jetzt den vollſtändigſten Beweis ſeines Eigenthums zu führen, ſo können doch dieſe Beweiſe ſpäterhin verloren gehen, die Zeugen insbeſondere können ſterben. Kommt nun in irgend einer ſpäteren Zeit

(n) Vgl. den Schluß des § 288.

der Besitz der Sache durch Zufall an den gegenwärtig abgewiesenen Kläger, so würde es für den Beklagten von großem Werth seyn, wenn er, oder sein Erbe, sich alsdann auf ein rechtskräftig ausgesprochenes Anerkenntniß des Eigenthums stützen könnte, da ein solches nach verlornen Beweisen vielleicht nicht mehr zu erlangen seyn würde. Es fragt sich, wie dieser an sich gerechte und billige Zweck etwa erreicht werden könnte.

Man möchte vielleicht glauben, der Beklagte könnte mit seiner Vertheidigung gegen die Eigenthumsklage des Klägers eine umgekehrte Eigenthumsklage (als Widerklage) anstellen, die dann eine Verurtheilung seines Gegners zur Folge haben würde. Dieses ist jedoch deswegen unmöglich, weil er Besitzer ist, die Eigenthumsklage aber nur von dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer angestellt werden kann (o).

Dagegen liegt die wahre und consequente Befriedigung jenes praktischen Bedürfnisses in der Rechtskraft der Gründe des Urtheils, die weiter unten (§ 291) nachgewiesen werden wird. Wenn nämlich in dem oben vorausgesetzten Fall der Beklagte die Abweisung der Eigenthumsklage dadurch zu bewirken sucht, daß er sein Eigenthum behauptet, wenn über diese Behauptung verhandelt, der Richter aber von der Richtigkeit derselben überzeugt, und durch diesen Grund zur Freisprechung bestimmt wird, so bleibt es zwar auch dann der Form nach bei einer bloßen Freisprechung, die

(o) § 2 *J. de act.* (4. 6). *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1).

nicht die Geſtalt einer Verurtheilung des Klägers annehmen kann. Da aber die Gründe des Urtheils rechtskräftig werden, ſo wird durch die Rechtskraft dieſes Grundes der Freiſprechung dem gegenwärtigen Beklagten für jeden künftigen Rechtsſtreit, auch wenn er darin als Kläger auftreten ſollte, derſelbe praktiſche Vortheil verſchafft, wie wenn er jetzt eine Verurtheilung ſeines Gegners bewirkt hätte.

III. Auf die Erbrechtsklage iſt alles Dasjenige anwendbar, welches ſo eben für die Eigenthumsklage bemerkt worden iſt. Wenn alſo der Inteſtaterbe die Erbrechtsklage gegen den Beſitzer der Erbſchaft anſtellt, der aus einem Teſtament Erbe zu ſeyn behauptet, wenn der Richter die Gültigkeit des Teſtaments anerkennt, und aus dieſem Grunde den Beklagten freiſpricht, ſo wird dieſer Grund rechtskräftig, und der Freigeſprochene kann davon in jedem künftigen Rechtsſtreite auch als Kläger Gebrauch machen.

Außerdem aber kann bei der Erbrechtsklage auch noch ein Fall eintreten, welcher bei der Eigenthumsklage nicht möglich iſt. Es kann hier die Lage des Rechtsſtreits dahin führen, daß für die poſitive Anerkennung des dem Beklagten zuſtehenden Rechts nicht blos indirect (durch die Rechtskraft der Urtheilsgründe), ſondern unmittelbar durch den richterlichen Ausſpruch ſelbſt vollſtändig geſorgt wird. Wenn nämlich zwei Perſonen auf die ganze Erbſchaft Anſpruch machen, und jede derſelben einzelne Erbſchaftsſachen beſitzt, ſo kann Jeder gegen den Andern die Erb-

ſchaftsklage auf das Ganze anſtellen, und in Folge dieſer Klage als Erbe des ganzen Vermögens in dem Urtheil anerkannt werden, wodurch ihm dieſes Erbrecht für alle Zukunft rechtskräftig feſtgeſtellt iſt (p).

Dieſes kann unter andern auf die Weiſe geſchehen, daß zuerſt der Eine die Klage anſtellt, und dann der Andere die gleichnamige Klage als Widerklage vorbringt. In dieſem Fall kann das Urtheil entweder dem Kläger, oder dem Widerkläger das ganze Erbrecht zuſprechen, es kann aber auch Beide mit ihren Klagen abweiſen. So iſt alſo hier, vermittelſt der Widerklage, ein Urtheil möglich, das in dem urſprünglichen Beklagten das Erbrecht geradezu poſitiv anerkennt, welche Möglichkeit oben bei der Eigenthumsklage verneint werden mußte (q).

Der Grund dieſes Unterſchieds zwiſchen beiden Klagen liegt darin, daß das Erbrecht nur an dem ganzen Vermögen oder an einem aliquoten Theil des Vermögens vor-

(p) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2). Vgl. oben § 288. a.

(q) Man könnte glauben, derſelbe Fall könnte eintreten, wenn Gajus ein abgegränztes Stück eines Landguts beſäße, Sejus den abgegränzten übrigen Theil des Landguts, Jeder aber Eigenthum des Ganzen behauptete. Hier kann jedoch Jeder gegen den Andern die Eigenthumsklage nur auf das von ihm ſelbſt nicht beſeſſene Stück anſtellen, und das Urtheil entſcheidet blos über das Eigenthum an dieſem Stück, ſo daß alſo zwei von einander unabhängige Urtheile geſprochen werden, jedes über einen anderen Gegenſtand. — Ganz eben ſo verhält es ſich, wenn Jeder die ideale Hälfte des Landguts beſitzt. Nun hat Jeder eine partis vindicatio, und es werden wieder zwei unabhängige Urtheile über juriſtiſch verſchiedene Gegenſtände geſprochen. — In beiden Fällen macht es auch keinen Unterſchied, wenn etwa beide Klagen als Klage und Widerklage verbunden ſeyn ſollten.

kommen kann, die Erbrechtsklage aber, und zwar auf das ganze Vermögen, auch ſchon durch den Beſitz eines einzelnen Vermögensſtücks in der Perſon des Beklagten begründet wird, vorausgeſetzt, daß der Beklagte pro herede oder pro possessore beſitzt.

IV. Die Negatorienklage verdient hier noch eine beſondere Erwägung. Bekanntlich hat dieſe Klage die eigenthümliche Natur, daß der Beklagte nur, indem er den Beweis der Servitut führt, die Abweiſung des Klägers bewirken kann. Wollten wir nun den Grundſatz einer blos negativen Wirkung der Freiſprechung auch hier ſtreng anwenden, ſo müßte der Beklagte aus dem abweiſenden Urtheil keine poſitive Anerkennung ſeiner Servitut ableiten können. Wenn er alſo ſpäter aus dem Beſitz der Servitut käme, und deshalb confeſſoriſch klagte, ſo müßte er von Neuem den Beweis führen, ohne ſich auf das frühere rechtskräftige Urtheil berufen zu können. Das wäre in dieſem Fall beſonders hart, da er in dem früheren Prozeß den Beweis der Servitut nicht willkührlich übernommen hat (wie es auch bei der Eigenthumsklage geſchehen kann), ſondern weil er ihn nach allgemeinen Rechtsregeln übernehmen mußte.

Hier iſt nun dem Beklagten auf dieſelbe indirecte Weiſe, wie bei den beiden vorher erwähnten Klagen, zu helfen, durch die Rechtskraft der Gründe. Außerdem aber kann er ſich auch eine unmittelbare Anerkennung ſeines Rechts durch

den richterlichen Ausſpruch ſelbſt verſchaffen, und zwar nicht blos, wie es ſo eben bei der Erbrechtsklage nachgewieſen worden iſt, in Folge einer zufälligen Lage des Rechtsſtreits, ſondern in allen Fällen überhaupt. Er kann nämlich gleich im Anfang des Rechtsſtreits die confeſſoriſche Klage als Widerklage vorbringen. Dann muß der Richter, der ſich von dem Daſeyn der Servitut überzeugt, den Kläger (als Widerbeklagten) zur Anerkennung der Servitut verurtheilen.

Sogar kann dieſe günſtige Stellung des Beklagten in der Negatorienklage ſchon aus der Römiſchen Formel der Negatorienklage gerechtfertigt werden. Dieſe lautet ſo: Si paret, Negidio jus non esse etc. Weiſet nun der Richter dieſe Klage ab, ſo ſpricht er aus: Non videtur Negidio jus non esse etc. Dieſes iſt aber völlig gleichbedeutend mit dem Ausſpruch: Negidio jus esse etc.

§. 291.

Genauere Beſtimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe.

Die bisher durchgeführte Unterſuchung über den Inhalt des Urtheils (die Verurtheilung und Freiſprechung) bildet zwar die ſichere und unentbehrliche Grundlage für die Lehre von der Rechtskraft, iſt aber dafür keineswegs ausreichend; vielmehr iſt es nöthig, nun noch auf genauere Beſtimmungen des Inhalts einzugehen, weil nur auf

dieſem Wege eine erſchöpfende Einſicht in das Weſen der Rechtskraft gewonnen werden kann.

Seit alter Zeit kehrt bei vielen Schriftſtellern der Satz wieder: die Rechtskraft beziehe ſich nur auf das Urtheil ſelbſt, nicht auf die Urtheilsgründe, und man ſucht dieſen Satz noch ſchärfer durch den Ausdruck zu bezeichnen, daß nur der Tenor oder das Dispoſitive im Urtheil rechtskräftig werde.

Bevor die unklaren Begriffe und die Mißverſtändniſſe dargelegt werden, in welchen die Vertheidiger dieſes Satzes befangen zu ſeyn pflegen, iſt es nöthig, auf eine zweifache Beziehung aufmerkſam zu machen, die in dieſem Satz (wie viel oder wenig Wahrheit er in ſich ſchließen möge) anerkannt werden muß. Die erſte, durch den Ausdruck der Rechtskraft ſelbſt unmittelbar angedeutete Beziehung iſt die auf die Zukunft, indem jener Satz zunächſt den Sinn hat, daß aus den Gründen keine Fiction der Wahrheit abgeleitet werden dürfe. Die zweite, damit zuſammenhangende, obgleich an ſich verſchiedene Beziehung iſt die auf den gegenwärtigen Rechtsſtreit ſelbſt, indem jener Satz dahin führt, daß gegen die Urtheilsgründe (eben weil ſie ohnehin nicht rechtskräftig werden) ein Rechtsmittel nicht nöthig, ja nicht einmal zuläſſig, alſo auch der Richter höherer Inſtanz darüber nicht competent ſey. In dieſer zweiten Beziehung alſo kann man ſagen: So weit, als der Inhalt des Urtheils rechtskräftig wird, iſt es möglich und nöthig, dieſe Rechtskraft durch Berufung an den höheren Richter

zu hindern. Was daher in Folge der gegenwärtigen Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe als wahr erkannt werden wird, muß eben so auch auf die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Berufung gegen die Gründe bezogen werden.

In dem Satz selbst aber, dessen Wahrheit nunmehr zu prüfen ist, werden zwei an sich ganz verschiedene Behauptungen häufig zusammengeworfen, deren wahre Bedeutung sich auf folgende zwei Fragen zurückführen läßt.

I. Was ist in dem Gedanken des urtheilenden Richters wahrhaft enthalten, was wird also durch den Ausspruch dieses Gedankens zur Rechtskraft, d. h. zur Fiction der Wahrheit erhoben?

Der Zusammenhang der so gefaßten Frage mit dem oben aufgestellten Satze wird durch folgende Erläuterung anschaulich werden. Wenn in dem vollständigen Gedanken des Richters das logische Verhältniß von Grund und Folge enthalten ist (und Dieses wird sich meistens darin finden), müssen wir dann auch einem solchen Grunde die Rechtskraft zuschreiben, oder vielmehr nur dem aus diesem Grunde abgeleiteten Ausspruch selbst?

II. Aus welchen Quellen haben wir den wahrhaften Inhalt des richterlichen Gedankens zu erkennen? wo haben wir denselben aufzusuchen?

Um den Zusammenhang dieser zweiten Frage mit dem oben aufgestellten Satze anschaulich zu machen, muß daran erinnert werden, daß es seit Jahrhunderten in vielen

Gerichtshöfen üblich ist, neben jedem ausgesprochenen Urtheil eine ausführliche Rechtfertigung desselben aufzustellen, die den Namen führt: Urtheilsgründe, oder auch: Zweifels- und Entscheidungsgründe. Der Sinn der eben aufgeworfenen zweiten Frage geht also dahin, ob wir Dasjenige, welches rechtskräftig werden soll, blos in dem einen jener zwei Schriftstücke (dem Tenor) aufzusuchen haben, oder in beiden; mit anderen Worten: ob auch die Urtheilsgründe rechtskräftig werden.

Es ist einleuchtend, daß beide aufgestellte Fragen an sich ganz verschieden sind, und daß in beiden der Ausdruck: Gründe, nach deren Rechtskraft man fragt, eine verschiedene Bedeutung hat. Die erste Frage geht in das Wesen der Sache ein, und muß unter allen Umständen beantwortet werden. Die zweite Frage hat eine mehr formelle Natur, und kann nur vorkommen unter Voraussetzung einer besondern Einrichtung der geschriebenen Urtheile, die ganz zufällig, und nichts weniger als allgemein ist. Der Verschiedenheit dieser beiden Fragen aber pflegen sich die Schriftsteller oft gar nicht bewußt zu werden, welche die Rechtskraft der Gründe in Frage stellen, verneinen oder bejahen; sie verfahren dabei so, als wäre in dieser ganzen Sache nur eine einzige Frage zu beantworten. Allerdings beschäftigen sie sich meist scheinbar nur mit der zweiten Frage, aber diese hat selbst nur Werth und Wichtigkeit, insofern die erste Frage unvermerkt in dieselbe hinein spielt.

Ich will nunmehr die Beantwortung der erſten Frage verſuchen, die ich nochmals ſo ausdrücke:

Was iſt es, das durch den Ausſpruch des richterlichen Gedankens zur Rechtskraft erhoben wird?

Ich will damit anfangen, mich verſuchsweiſe auf die Seite Derer zu ſtellen, die alle Rechtskraft der Gründe völlig verneinen, und alſo durch die äußerſte Abſtraction aus dem Urtheil jeden Schein eines ausgeſprochenen Grundes zu entfernen ſuchen.

Hiernach würde etwa die Verurtheilung ſo lauten können:

daß der Beklagte dem Kläger eine beſtimmte Sache heraus zu geben, eine beſtimmte Geldſumme zu zahlen ſchuldig ſey (a);

Die Freiſprechung aber ſo:

daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweiſen ſey.

In dieſen beiden Formeln dürfte wohl jede Spur eines Grundes vertilgt ſeyn.

Wenn aber überhaupt die Rechtskraft anerkannt werden ſoll, ſo wie oben ihre Unentbehrlichkeit dargethan worden iſt, muß ich die in jener Abſtraction liegende Einſchränkung für völlig unausführbar und verwerflich halten.

Dieſes ſoll nunmehr nach zwei Seiten hin dargethan werden:

(a) Schon wenn die Verurtheilung ſo lautet: „daß Beklagter die geliehene Summe von Hundert zurück zu zahlen ſchuldig," iſt ein Grund der Entſcheidung (die Darlehns-Obligation) in dem Urtheil ausgedrückt.

Erſtlich mit Hinſicht auf die künftige Wirkung der Rechtskraft;

Zweitens mit Hinſicht auf die Natur des Rechtsſtreits und die Aufgabe des Richteramtes.

Was zuerſt die künftige Wirkung der Rechtskraft betrifft, ſo beſteht dieſe darin, daß der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils als wahr behandelt werden ſoll in jedem künftigen Rechtsſtreit, in welchem dieſelbe Rechtsfrage, wie in dem gegenwärtigen Urtheil, vorkommt, der alſo mit dem jetzt entſchiedenen Rechtsſtreit hierin identiſch iſt (b). Daß aber dieſe Identität, worauf alle Anwendung der Rechtskraft beruht, durch jene abſtracte Einſchränkung völlig unerkennbar wird, geht aus folgender Betrachtung hervor.

Die Bedingungen jeder Verurtheilung, ſo wie jeder Freiſprechung, können eine ſehr zuſammengeſetzte Natur haben.

Bei der Eigenthumsklage ſind ſtets die poſitiven Bedingungen des Klagrechts: 1. Eigenthum des Klägers, 2. Beſitz des Beklagten. Es können ferner mancherlei Einreden entgegengeſetzt ſeyn, z. B. a. aus einem Vergleich über dieſen Rechtsſtreit, b. aus einem Vertrag über dieſe

(b) Der hier aufgeſtellte Satz mußte einſtweilen aus der ſpäter folgenden Darſtellung erborgt werden, worin er erſt volles Licht und Begründung erhalten kann.

Sache (etwa Miethcontract), c. die exceptio hypothecaria.

Bei der Erbrechtsklage hat das Klagrecht folgende Bedingungen: 1. Erbrecht des Klägers, 2. Beſitz des Beklagten an beſtimmten Sachen, und zwar mit der beſonderen Beſchaffenheit einer pro herede oder pro possessore possessio, 3. Eigenſchaft der beſeſſenen Sachen als Beſtandtheile der Erbſchaft. Es können ihr mancherlei Einreden entgegen ſtehen, z. B. a. Klagverjährung, b. Vergleich.

Eine perſönliche Klage ſetzt ſtets als Bedingung des Klagrechts voraus die Begründung der Obligation. Es kann ihr unter andern entgegen geſetzt werden die Einrede der Compenſation; desgleichen die Einrede der Zahlung.

Bei allen dieſen Klagen nun gehört zur Verurtheilung die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit aller Bedingungen des Klagrechts, und zugleich von der Unrichtigkeit aller etwa vorgebrachten Einreden.

Zur Freiſprechung dagegen genügt die Überzeugung von der Unrichtigkeit einer einzigen Bedingung des Klagrechts; eben ſo aber auch die Überzeugung von der Richtigkeit auch nur einer einzigen Einrede. Es bleibt alſo bei der oben angegebenen abſtracten Formel der Freiſprechnug, die ſich auf die Abweiſung des Klägers beſchränkt, völlig ungewiß, was der Richter dabei gedacht hat. Er kann (in dem beiſpielsweiſe angeführten Fall der Eigenthumsklage) angenommen haben, das Eigenthum, oder der Beſitz ſey nicht

vorhanden; oder aber, der Vergleich, oder der Miethvertrag, oder das Pfandrecht sey vorhanden. Er kann ferner ein einziges unter diesen fünf denkbaren Hindernissen des Klägers als wahr angenommen haben, oder einige derselben, oder alle. Jede dieser Möglichkeiten rechtfertigt das freisprechende Urtheil vollkommen. Daher ist es unmöglich, bei einem künftigen verwandten Rechtsstreit von der Rechtskraft jenes Urtheils Gebrauch zu machen, so lange wir Nichts wissen, als daß damals der Kläger abgewiesen worden ist. Jede vom Richter ausgesprochene Verneinung nämlich wird rechtskräftig; um aber diesen Satz anwenden zu können, müssen wir vor Allem wissen, was er verneint hat. — Wir müssen also durchaus tiefer in den Sinn jenes Urtheils eindringen, sonst ist künftig jede sichere Anwendung der Rechtskraft ganz unmöglich.

Bei dem verurtheilenden Erkenntniß findet sich, wenn auch in geringerem Grade, dennoch dieselbe Schwierigkeit. Die Ungewißheit ist dabei geringer, weil wir bestimmt wissen, daß der Richter alle Bedingungen der Klage als vorhanden, alle Einreden als unbegründet angesehen haben muß (c). Aber auch hier kommen Ungewißheiten vor, die durch den bloßen Ausspruch der Verurtheilung nicht gehoben werden können. Wenn z. B. bei einer persönlichen Klage verurtheilt wird mit Verwerfung

(c) Überhaupt ist die Benutzung einer rechtskräftigen Verurtheilung bei künftigen Prozessen ungleich seltner, als die der Freisprechung, wie denn auch die actio judicati praktisch unwichtiger und von seltnerer Anwendung ist, als die exceptio rei judicatae.

der Einrede der Compensation, so kann Dieses geschehen seyn entweder, weil der Richter überzeugt war, die aufgestellte Gegenforderung sey nicht vorhanden, oder, weil er sie nur für illiquid und deshalb für untauglich zur Compensation hielt. Welcher unter diesen beiden Gedanken dem Richter vorschwebte, läßt sich der bloßen Verurtheilung nicht ansehen, sondern nur durch tieferes Eindringen in den Sinn des Urtheils erkennen; dennoch hängt gerade von diesem Umstand der Gebrauch dieses rechtskräftigen Urtheils bei einem künftigen Rechtsstreit lediglich ab (d).

Aus diesen Erwägungen folgt, daß in der That die Rechtskraft auch die Gründe des Urtheils mit umfaßt, d. h. daß das Urtheil als rechtskräftig anzusehen ist nur in unzertrennlicher Verbindung mit den vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnissen, wovon der rein praktische Theil des Urtheils (die dem Beklagten auferlegte Handlung, oder die Abweisung des Klägers) abhängig ist. In diesem Sinn des Ausdrucks: Gründe, behaupte ich die Rechtskraft derselben. Um aber der Gefahr von Mißverständnissen zu entgehen, die aus der Vieldeutigkeit jenes Ausdrucks entsteht, will ich die in diesem Sinn aufgefaßten Gründe: Elemente der streitigen Rechtsverhältnisse und des (den Streit entscheidenden) Urtheils, nennen, und nunmehr den aufgestellten Satz so ausdrücken:

Die Elemente des Urtheils werden rechtskräftig.

(d) *L.* 7 § 1 *de compens.* (16. 2), *L.* 8 § 2 *de neg. gestis* (3. 5).

In dem oben angeführten Beiſpiel von der Eigenthumsklage wird alſo rechtskräftig: die Bejahung, oder Verneinung des Eigenthums, des Beſitzes; ferner des Vergleichs, des Miethvertrags, des Pfandrechts.

Zu dieſer Überzeugung ſind wir hier gelangt durch die Hinſicht auf die künftige Wirkung der Rechtskraft (S. 355); zu demſelben Ziel aber führt uns auch die Hinſicht auf die Natur des Rechtsſtreits und die Aufgabe des Richteramts.

Dieſe Aufgabe geht dahin, das ſtreitige Rechtsverhältniß, ſobald es durch die Verhandlung ſpruchreif geworden iſt, feſtzuſtellen, und dieſer Feſtſtellung Wirkſamkeit zu ſichern. Zu dieſer Wirkſamkeit aber gehört nicht blos die augenblickliche Abwehr äußerer Rechtsverletzung, ſondern auch die Sicherung durch die in alle Zukunft fortwirkende Rechtskraft. Daß Dieſes geſchehe, dabei hat die obſiegende Partei ein augenſcheinliches Intereſſe; was aber mehr iſt, ſie hat darauf ein unzweifelhaftes Recht.

Der Richter alſo würde ſeiner Pflicht nicht genügen, wenn er blos für das Bedürfniß des nächſten Augenblicks nothdürftig ſorgen, die Sicherung aber für alle Zukunft verſäumen wollte. Dieſe Sicherung begründet er nur dadurch, daß er die Elemente der Entſcheidung feſtſtellt, deren Rechtskraft hinfort bei jedem neuen Rechtsſtreit benutzt werden kann.

Rechtskräftig wird demnach Alles, was der Richter in Folge der ſpruchreif gewordenen Verhandlung entſcheiden

will. Damit iſt aber nicht geſagt, daß der Richter alle, in dem Rechtsſtreit zur Sprache gekommenen Elemente wirklich entſcheiden muß, vielmehr iſt hierin ein freier Spielraum des Ermeſſens zuzulaſſen.

Wenn z. B. bei der Eigenthumsklage der Richter die Überzeugung gewonnen hat, daß dem Kläger das Eigenthum nicht zuſteht, ſo muß er Dieſes verneinen. Behauptet zugleich der Beklagte, daß er nicht beſitze, und wird der Richter davon überzeugt, während der Beweis des Eigenthums weder geführt, noch mißlungen, vielmehr in ſeiner Fortſetzung weit ausſehend iſt, ſo kann der Richter den Kläger abweiſen, indem er den Beſitz des Beklagten verneint, und das Eigenthum des Klägers unentſchieden läßt; eben ſo, wenn irgend eine Einrede bewieſen iſt, ehe über das Eigenthum entſchieden werden kann. Hierin das rechte Maaß zu halten, iſt die Aufgabe, die ſich ein verſtändiger Richter ſtellen ſoll, welcher auch die Wünſche der Parteien zu berückſichtigen nicht verſäumen wird.

Suchen wir aber noch vollſtändiger in die Erwägungen des Richters einzudringen, wodurch er zu der rein praktiſchen Entſcheidung (Verurtheilung, oder Freiſprechung) gelangt, ſo müſſen wir uns überzeugen, daß dieſe Erwägungen von zweierlei Art ſind.

Zunächſt gehören dahin die bereits erwähnten Elemente der Rechtsverhältniſſe, die, wenn ſie der Richter erkannt hat, ſelbſt integrirende Theile des Urtheils werden, und

daher an der Rechtskraft Theil nehmen. — Die Überzeugung von diesen Elementen aber gewinnt der Richter durch Erwägungen ganz anderer Art: durch die ihm beiwohnende Kenntniß der Rechtsregeln; durch die Beweismittel, welche ihn bestimmen, die in diesem Rechtsstreit wichtigen Thatsachen für wahr, oder unwahr anzunehmen.

Demnach können wir in der ganzen Reihe von Gedanken und Erwägungen, wodurch der Richter zum Ziel des Urtheils gelangt, zweierlei bestimmende Gründe unterscheiden: objective, die eigentlich Bestandtheile des Rechtsverhältnisses selbst sind, also Dasselbe, wofür oben die Bezeichnung von Elementen gebraucht worden ist; subjective, wodurch der Richter persönlich bewogen wird, eine bestimmte Überzeugung von jenen Elementen zu fassen, sie zu bejahen, oder zu verneinen. Nur aber müssen wir sogleich den Grundsatz hinzufügen:

> Die vom Richter angenommenen objectiven Gründe (die Elemente) werden rechtskräftig, die subjectiven Gründe werden nicht rechtskräftig (e).

(e) Es kommt nicht selten vor, daß in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen verwandte, aber in diesem Rechtsstreit nicht mit begriffene Rechtsverhältnisse herbeigezogen werden, um des Richters Ansicht von den Rechtsregeln oder den Thatsachen anschaulicher zu machen, und so die Ueberzeugung des Richters von den Elementen des vorliegenden Rechtsstreits sicherer zu rechtfertigen. Solche Erwägungen gehören unter die subjectiven Gründe und können nie rechtskräftig werden. In diesem Sinn wird die Rechtskraft der Gründe mit Recht verneint von Böhmer, wie unten gezeigt werden wird (§ 293 f). So z. B., wenn in den Gründen eines Urtheils über das Possessorium zugleich petitorische Erwägungen benutzt werden, um die Entscheidung über den Besitz plausibler zu machen.

Hier sind wir aber auch auf dem Punkt angelangt, von welchem aus alle in dieser Lehre vorkommende Meinungsverschiedenheit und Verwirrung der Begriffe zu erklären ist. Wer die Rechtskraft der Gründe behauptet, hat Recht, wenn er dabei an die objectiven Gründe denkt; wer sie verneint, hat Recht, wenn er diese Verneinung auf die subjectiven Gründe bezieht. Eine genaue Unterscheidung dieser beiden Arten von Gründen ist bis jetzt stets vernachlässigt worden.

Damit jedoch die hier behauptete Rechtskraft der objectiven Gründe in ihrem wahren Werth und Einfluß anerkannt werde, ist es nöthig, auf den Begriff der objectiven Gründe noch etwas genauer einzugehen. Ich habe bisher als Beispiele derselben hauptsächlich angeführt die Bestandtheile des Klagegrundes, und die der Klage entgegen gesetzten Exceptionen, mit welchen die Replicationen und Duplicationen unzweifelhaft ganz gleiche Natur haben.

Daß nun die Bejahung, oder Verneinung gerade dieser Stücke des Prozesses rechtskräftig für alle Zukunft einwirkt, ja daß eben hierin die häufigste und darum wichtigste Wirksamkeit der Rechtskraft der Gründe besteht, soll nicht bestritten werden. Allein es würde unrichtig seyn, und es würde die heilsame Wirkung der Rechtskraft willkührlich verkümmern, wenn man die Rechtskraft der Gründe auf die hier genannten Fälle streng beschränken wollte.

Vielmehr müssen dahin auch solche Fälle gerechnet werden, die oben als unächte Exceptionen bezeichnet worden sind, also namentlich die Fälle der relativen Verneinung, d. h. der absoluten Vernichtung eines früher vorhandenen Rechts des Klägers (§ 225).

Wird daher einer persönlichen Klage die Einrede der Compensation entgegengesetzt, welches eine wahre Exception ist, so wird allerdings die Zulassung, oder Verwerfung dieser Exception (also dieser Grund der Freisprechung, oder der Verurtheilung) rechtskräftig. Aber nicht minder wird rechtskräftig die Zulassung, oder Verwerfung der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der Zahlung, obgleich diese keine wahre Exception im Römischen Sinn des Wortes ist. Genau so verhält es sich auch mit der Eigenthumsklage, wenn derselben die fälschlich sogenannte exceptio rescutioris dominii entgegengesetzt wird, d. h. die Behauptung des Beklagten, daß das früher wirklich vorhandene Eigenthum des Klägers durch ein späteres Ereigniß verloren worden sey. Auch in diesen Fällen also muß die Rechtskraft der objectiven Gründe in der That behauptet werden.

Ja selbst auf diese, der wahren Exception näher stehenden, Fälle der relativen Verneinung dürfen wir uns nicht beschränken, wir müssen vielmehr noch einen Schritt weiter gehen. Wenn nämlich in einer Klage aus Eigenthum, oder Erbrecht der Beklagte gar nicht behauptet, das früher vorhandene Recht des Gegners sey später zerstört worden,

ſondern wenn er das Daſeyn deſſelben abſolut, für alle Zeiten, beſtreitet, ſo kann er dieſe ſeine Beſtreitung unter andern dadurch zu begründen ſuchen, daß er ſelbſt dieſes Eigenthum, oder dieſes Erbrecht zu haben behauptet, woraus dann von ſelbſt folgt, daß der Kläger es nicht haben kann (§ 287 a). Wenn er nun dieſen Weg einſchlägt, wenn darüber verhandelt, und der Richter von dieſer Behauptung des Beklagten überzeugt wird, ſo daß er ihn aus dieſem Grunde freiſpricht, ſo wird dieſer objective Grund der Entſcheidung rechtskräftig, und es ſteht für alle Zukunft, dieſem Kläger gegenüber, rechtskräftig feſt, daß dieſer Beklagte Eigenthümer, oder Erbe iſt. Durch dieſen nachgewieſenen Zuſammenhang glaube ich Dasjenige begründet zu haben, welches am Schluß des vorhergehenden §. nur vorläufig behauptet worden iſt, um zur billigen Befriedigung eines wahren praktiſchen Bedürfniſſes zu gelangen.

Da jedoch die Behauptung einer ſo ausgedehnten Rechtskraft der objectiven Gründe von großer Wichtigkeit iſt, und vielleicht manchen Widerſpruch erfahren möchte, ſo will ich ſie noch durch folgende Vergleichung in Beziehung auf die Eigenthumsklage zu beſtätigen ſuchen. Wenn nicht die Eigenthumsklage, ſondern die publiciana actio angeſtellt wird, wenn der Beklagte die exceptio dominii (eine ächte Exception) aufſtellt und beweiſt, und wenn er deshalb freigeſprochen wird, ſo wird man leicht geneigt ſeyn, ihm den Vortheil der Rechtskraft aus dieſer ihm zuerkannten Exception einzuräumen. Nun kann aber auch

derselbe Gang des Rechtsstreits eintreten, wenn nicht die publiciana, sondern die Eigenthumsklage angestellt wird, und der Beklagte gleichfalls durch den Beweis seines Eigenthums die Freisprechung bewirkt. Sollte er nun etwa den Vortheil der Rechtskraft dieses Grundes der Entscheidung nicht genießen, den er im Fall der publiciana genossen haben würde? Blos deswegen nicht, weil der juristische Begriff einer exceptio in dem einen Fall vorhanden, in dem anderen Fall nicht vorhanden wäre? Dieses würde gewiß dem praktischen Rechtssinn in hohem Grade widersprechen.

Oben ist ausführlich dargethan worden, daß die Freisprechung des Beklagten niemals in eine Verurtheilung des Klägers umgebildet werden dürfe (§ 288.), und man könnte auf den ersten Blick geneigt seyn, zwischen dieser Behauptung und den so eben aufgestellten Sätzen einen Widerspruch anzunehmen. Folgende zwei Erwägungen werden dazu dienen, den Schein dieses Widerspruchs zu beseitigen. Mit der Verurtheilung sind überhaupt zwei mögliche Folgen verknüpft, die zwar zusammenhangen, jedoch von einander unterschieden werden können. Die erste Folge ist das Gebot, Etwas zu thun, zu geben, zu unterlassen; diese kann in keinem Fall den Kläger als solchen treffen, und in dieser Hinsicht ist die oben aufgestellte Behauptung unbedingt wahr und wichtig. Die zweite Folge ist die Einwirkung der Rechtskraft auf zukünftige Streitverhältnisse, und hierauf allein bezieht sich der so eben angege-

bene Schein eines Widerſpruchs. Aber auch in dieſer Hinſicht iſt wohl zu bemerken, daß die oben aufgeſtellte Behauptung nur dahin ging, daß die Freiſprechung *an ſich*, *als ſolche*, nicht die Natur und Wirkung einer rechtskräftigen *Verurtheilung* des Klägers haben dürfe. Damit iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß der Beklagte indirect, vermittelſt der Rechtskraft der *Gründe*, ähnliche Vortheile erlangen könne, wie ſie ihm die Verurtheilung des Klägers, wenn ſie zuläſſig wäre, ohnehin verſchafft haben würde. Ein ſolcher indirecter Vortheil des Beklagten ſetzt indeſſen ſtets beſondere thatſächliche Verhältniſſe in dem geführten Rechtsſtreit voraus, und beſonders muß der Beklagte künftig den Beweis führen, *daß* in der That ſolche objective Gründe bei dem Urtheil vorhanden geweſen ſind. Es iſt daher noch immer auch in dieſer Hinſicht eine nicht unerhebliche praktiſche Folge mit jener oben aufgeſtellten Behauptung verbunden.

Die bisher angeſtellte Unterſuchung über die Rechtskraft der Gründe beruhte auf allgemeinen Betrachtungen über die Natur des Rechtsſtreits, die Stellung des Richteramtes, die Bedingungen möglicher Anwendung der Rechtskraft. Wie ſtellt ſich aber dazu das Römiſche Recht? Man könnte jene Behauptungen nach ihrer allgemeinen Herleitung als wahr zugeben, daneben aber behaupten, das Römiſche Recht lehre etwas ganz Anderes, oder es

ſey auf dieſe Frage gar nicht eingegangen, oder es habe ſie nur theilweiſe und unbefriedigend berührt.

Ich muß dagegen behaupten, daß die hier dargeſtellte Lehre von der Rechtskraft der Elemente des Urtheils im Römiſchen Recht ihre vollſtändige und ſichere Anerkennung gefunden hat. Zwar iſt ſie nirgend in der Geſtalt eines allgemeinen Grundſatzes aufgeſtellt, aber das beſtimmte Bewußtſeyn derſelben giebt ſich in folgenden Äußerungen unſrer Rechtsquellen auf unzweifelhafte Weiſe kund.

Erſtlich in der ſicheren und erſchöpfenden Anwendung der Rechtskraft bei den Römiſchen Juriſten, wovon die folgende Darſtellung den Beweis liefern wird. Dieſe wäre aber, wie oben gezeigt worden iſt, völlig unmöglich, wenn nicht ſtets die Rechtskraft der Elemente (d. h. der objectiven Gründe) von ihnen vorausgeſetzt würde.

Zweitens zeigt ihre Behandlung einiger einzelnen Fälle unwiderſprechlich, daß ſie die Rechtskraft der Elemente mit deutlichem Bewußtſeyn vorausgeſetzt haben.

Wenn die Eigenthumsklage nur deshalb abgewieſen wird, weil der Beklagte nicht beſitzt, ſpäter aber der Beſitz an den Beklagten kommt, ſo kann die Eigenthumsklage von Neuem mit Erfolg angeſtellt werden, und die frühere Rechtskraft des Urtheils ſteht nicht im Wege (f). Hier iſt nun zunächſt einer der Fälle vorhanden, worin nach geſprochenem Urtheil neue Thatſachen eingetreten ſind (g),

(f) *L.* 9 *pr. L.* 17 *L.* 18 *de exc. rei jud.* (44. 2). Vgl. oben § 263.

(g) Eine nova oder superveniens causa, wovon unten § 300. die Rede ſeyn wird.

auf deren Folgen das frühere Urtheil natürlich keinen hindernden Einfluß haben kann; dieſer Satz hat allerdings mit unſrer Frage keine Berührung. Daß aber das frühere Urtheil die Klage abgewieſen hat wegen des fehlenden Beſitzes und nur aus dieſem Grunde, daß es insbeſondere nicht auch das Eigenthum dem Kläger abgeſprochen hat (in welchem eine ſpäter eingetretene Veränderung gar nicht behauptet wird), — dieſes Alles erfahren wir nur, indem wir uns nicht mit der Kenntniß des rein praktiſchen Ausſpruchs im Urtheil (der Abweiſung) begnügen, ſondern auf den objectiven Grund dieſes Ausſpruchs zurück gehen, und dadurch erkennen, ob der Richter blos das Eigenthum des Klägers, oder vielmehr blos des Beklagten Beſitz, oder endlich Beides zugleich verneinen wollte.

Ein ganz ähnlicher Fall tritt ein, wenn einer perſönlichen Klage die Compenſation entgegen geſtellt wird, der Richter aber dieſe Einrede verwirft, und den Beklagten auf die volle eingeklagte Summe verurtheilt. Hier kommt Alles darauf an, ob die Einrede verworfen worden iſt, weil der Richter die Gegenforderung für nicht vorhanden, oder nur für illiquid gehalten hat. Im erſten Fall wird der künftigen Klage auf die Gegenforderung die exceptio rei judicatae entgegen ſtehen, im zweiten Fall aber nicht (Note d). Auch hier alſo iſt die Anwendbarkeit der Rechtskraft ganz abhängig von der Einſicht in den Grund, aus welchem der Richter die Einrede verworfen hat; die bloße Verwerfung an ſich läßt uns darüber völlig ungewiß.

Der entſcheidendſte Fall aber, welcher beweiſt, daß die Römiſchen Juriſten die Gründe der Entſcheidung mit in das Gebiet der Rechtskraft gezogen haben, iſt diejenige Art der Eigenthumsklage, welche per sponsionem geführt wurde (h).

Dritteus endlich finden ſich mehrere Stellen des Römiſchen Rechts, worin die Anwendung der Rechtskraft auf einen künftigen Rechtsſtreit geradezu und wörtlich von dem Umſtande abhängig gemacht wird, aus welchem Grunde ein früherer Ausſpruch erlaſſen worden iſt, worin wir alſo auf die Erforſchung und Berückſichtigung dieſes Grundes unmittelbar angewieſen werden (i).

Die bisher angeſtellte Unterſuchung hat zu dem Ergebniß geführt, daß die Rechtskraft nicht blos der Entſcheidung ſelbſt (Verurtheilung oder Freiſprechung), ſondern auch den objectiven Gründen derſelben, zugeſchrieben werden muß, d. h. daß dieſe Gründe als integrirende Theile des Urtheils anzuſehen ſind, der Umfang der Rechtskraft alſo ſtets durch den Inhalt des Urtheils in Verbindung mit jenen Gründen beſtimmt werden muß.

(h) Vgl. unten § 292 f.

(i) Dahin gehören folgende Stellen: *L.* 17 *de exc. r. j.* (44. 2) „Si rem meam a te petiero, tu autem *ideo* fueris absolutus, *quod* probaveris sine dolo malo te desisse possidere . . . non nocebit mihi exceptio rei judicatae.“ — *L.* 18 *pr. eod.* „Si . . . absolutus fuerit adversarius, *quia* non possidebat . . . rei judicatae exceptio locum non habebit.“ — Eben ſo *L.* 9 *pr. eod.*

Dieser wichtige Grundsatz aber ist nicht nur für wahr zu halten nach der Aufgabe des Richteramtes und nach der Natur der Rechtskraft, sondern er ist auch schon im Römischen Recht bestimmt anerkannt und zur vollen Anwendung gebracht worden.

§. 292.

Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. (Fortsetzung.)

Bisher ist die Frage beantwortet worden, was durch den Ausspruch des richterlichen Gedankens rechtskräftig werde, und es bleibt nun noch die zweite Frage zu beantworten übrig:

Aus welchen Quellen der wahrhafte Inhalt des richterlichen Gedankens (also der Umfang der rechtskräftigen Gegenstände) zu erkennen ist. (S. 352.)

Wenn wir die, seit langer Zeit sehr weit verbreitete Art, die Urtheile schriftlich abzufassen, voraussetzen, nach welcher dem Urtheil selbst eine ausführliche Rechtfertigung hinzugefügt wird, so liegt der Gedanke sehr nahe, nur der Inhalt des Urtheils werde rechtskräftig, der Inhalt der Urtheilsgründe sey blos zur Ueberzeugung der Parteien oder anderer Leser bestimmt, und werde nicht rechtskräftig. So ist es auch in der That zu verstehen, wenn seit langer Zeit viele Schriftsteller über die Frage gestritten haben, ob Gründe rechtskräftig werden?

Die angegebene Behauptung würde nur unter der Voraussetzung wahr und zugleich ausreichend seyn, wenn stets in dem Urtheil alle objectiven Gründe, in den Urtheilsgründen alle subjectiven Gründe, und nur diese, enthalten wären. Dann würde diese Behauptung mit der oben aufgestellten Lehre (§ 291) völlig übereinstimmen.

Jene Voraussetzung aber trifft in der Wirklichkeit ganz und gar nicht zu, ja sie kann schon deshalb nicht zutreffen, weil in der Abfassung der Urtheilsgründe die größten Verschiedenheiten wahrzunehmen sind. Unmöglich kann aber der Umfang der Rechtskraft von einem so zufälligen und willkührlichen Verfahren der verschiedenen Gerichte abhängig gemacht werden.

Ich will dabei nicht die großen Verschiedenheiten der äußeren Form erwähnen, die hier weniger in Betracht kommen (a). Aber auch darin herrscht große Verschiedenheit, daß bald mehr, bald weniger in das Urtheil selbst aufgenommen wird, so daß die Gränze zwischen beiden

(a) In den älteren Fakultätsurtheilen findet sich die pedantische Form, erst die Zweifelsgründe, dann die Entscheidungsgründe dem Urtheil voranzuschicken, beide aber mit dem Urtheil zu einem einzigen Satz zu verbinden, selbst wenn dieser durch eine große Zahl von Bogen hindurch ging, z. B. so anfangend: „Wenn es gleich scheinen wollte, daß ...; dennoch aber und dieweilen“ u. s. w. — In der Anordnung ähnlich sind die, nach Französischer Form abgefaßten Urtheile, welchen ein Considérant (In Erwägung), oft in sehr vielen einzelnen Sätzen, vorhergeht. — Die neuere, in Deutschen Gerichten vorherrschende Form ist die, daß dem Urtheil die Gründe in Gestalt einer besonderen Abhandlung, eines Gutachtens, beigegeben werden. Vgl. Danz Prozeß, Anhang S. 67. Brinkmann richterliche Urtheilsgründe S. 91.

Schriftstücken als eine schwankende und zufällige erscheint. Diese innere Verschiedenheit hat auch ihren Grund nicht blos in den Gewohnheiten verschiedener Gerichte, sondern die eigenthümliche Beschaffenheit jeder einzelnen Rechtsstreitigkeit führt dahin, daß dasselbe Gericht nicht überall dieselbe Gränze beobachtet, indem bei einfachen Sachen die vollständige Aufnahme der objectiven Gründe in das Urtheil selbst sehr leicht seyn kann (b), die bei verwickelten Sachen vielleicht große Schwierigkeit mit sich führen wird.

Die größte Verschiedenheit aber findet sich darin, daß manche Gerichte überhaupt gar keine Gründe aufstellen, so daß die oben aufgestellte Behauptung, selbst wenn sie außerdem wahr und unbedenklich wäre, wenigstens zu einem allgemein durchgreifenden Princip nicht geeignet seyn würde (c).

Nach diesen Erwägungen müssen wir die oben aufgestellte Behauptung gänzlich verwerfen, und dagegen den Grundsatz aufstellen:

Rechtskräftig werden die objectiven Gründe, und diese

(b) So z. B., wenn in einer Eigenthumsklage lediglich über das Daseyn des Eigenthums gestritten, und dann der Beklagte verurtheilt wird, so kann das Urtheil selbst sehr leicht das Eigenthum aussprechen, und daran die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache (vielleicht auch der Früchte u. s. w.) unmittelbar anknüpfen. Eben so, wenn dieselbe Klage blos wegen des dem Beklagten fehlenden Besitzes abgewiesen wird, ist es leicht, der Abweisung diesen einzigen Grund unmittelbar beizufügen.

(c) In Preußen haben schon längst die meisten Gerichte Urtheilsgründe abgefaßt und den Parteien mitgetheilt, bei dem Geheimen Ober-Tribunal aber erfolgt diese Mittheilung erst seit der Kabinetsordre vom 19. Juli 1832 (S. 192 der Gesetzsammlung von 1832).

müssen wir aufsuchen, wo sie auch zu finden seyn mögen.

Wir haben sie also erstens aufzusuchen in dem Urtheil selbst, so weit sie in demselben ausgesprochen sind. — Zweitens in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen; hier aber kommt es darauf an, nach inneren Merkmalen die objectiven Gründe, welche allein der Rechtskraft empfänglich sind, von dem übrigen Inhalt genau auszuscheiden. — Drittens müssen wir, wenn jene Erkenntnißquellen nicht ausreichen (d), die gesammten Verhandlungen des Rechtsstreites zu Hülfe nehmen, wobei die Klageschrift die erste Stelle einnimmt. — Endlich sind viertens außer diesen geschriebenen Quellen, aber in gleichem Werthe mit diesen, manche allgemeinere Erwägungen zu benutzen, von welchen am Schluß des gegenwärtigen §. noch besonders die Rede seyn wird.

In Folge dieser Übersicht über die wahren Quellen für die Erkenntniß des Umfangs der Rechtskraft läßt sich fragen, welche Einrichtungen bei Abfassung der Urtheile räthlich seyn möchten, um den unzweifelhaften Zweck der Rechtskraft möglichst sicher zu stellen.

Am besten würde dieser Zweck erreicht werden, wenn es möglich wäre, schon in das Urtheil selbst die Gesammtheit der objectiven Gründe aufzunehmen, so daß schon das Urtheil allein hinreichen würde, den Umfang der Rechts-

(d) Dahin gehören alle Urtheile derjenigen Gerichte, die überhaupt keine Urtheilsgründe aufzustellen pflegen.

kraft vollständig zu übersehen; die abgesonderten Urtheilsgründe würden dann nur dazu dienen, das Urtheil zu erläutern, und die Ueberzeugung des Richters auch in Anderen zu erwecken. Da aber diese Einrichtung bei verwickelten Sachen in aller Strenge kaum durchzuführen seyn möchte, so läßt sie sich nur annäherungsweise als wünschenswerthes Ziel aufstellen.

Dagegen ist es unter allen Umständen sowohl möglich, als räthlich, in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen alle diejenigen Stücke, welche die Natur von objectiven Gründen haben, und daher nach der Absicht des Richters rechtskräftig werden sollen, als solche bestimmt anzugeben, damit über diesen Punkt kein Zweifel entstehen könne.

Zur Bestätigung der hier aufgestellten Behauptungen wird es dienen, wenn wir uns klar zu machen suchen, aus welchen Quellen die Römer in jedem Rechtsstreit den Umfang der Rechtskraft festzustellen suchten, da bei ihnen die äußeren Formen des Verfahrens mit den unsrigen durchaus keine Aehnlichkeit hatten, und doch derselbe Zweck, wie von uns, erreicht werden mußte.

Über die spätere Zeit des Römischen Rechts fehlt es uns hierin gänzlich an Nachrichten; für die Zeit des Formularprozesses aber glaube ich darüber ziemlich sichere Auskunft geben zu können.

Im Formularprozeß wurde der Umfang der Rechtskraft, d. h. der objectiven Gründe, die als Bestandtheile des

Digitized by Google

Urtheils anzusehen seyn sollten, zunächst erkannt aus der Intentio und der dieselbe ergänzenden Demonstratio. Wo aber diese Erkenntnißmittel nicht ausreichten, wurden auch wohl in das Urtheil selbst ausgesprochene objective Gründe mit aufgenommen. Einige Beispiele werden diese Behauptungen sowohl erläutern, als bestätigen.

Manche Klagen, wie z. B. die depositi actio, hatten eine zwiefache Formel: in jus und in factum. Bei jener wurde der Inhalt des Rechtsstreits aus der Demonstratio erkannt, bei dieser aus der Intentio (e), und so konnten diese verschiedenen Theile der Formel unmittelbar dazu dienen, den Inhalt und Umfang des in die Rechtskraft übergegangenen Urtheils zu erkennen.

Beispiele anderer Art aber, worin die formula nicht ausreichte, sondern andere Umstände hinzugenommen werden mußten, um die Rechtskraft zu bestimmen, sind folgende. Wenn die Eigenthumsklage per sponsionem angestellt wurde, so lautete die formula ganz einfach so: Si paret, N. Negidium A. Agerio sestertios XXV. nummos dare oportere. Diese 25 Sesterze aber sollten gar nicht bezahlt werden, sondern die Absicht ging dahin, ein rechtskräftiges Anerkenntniß des Eigenthums zu erlangen. Diese Absicht wurde nur dadurch erreicht, daß man auf den Grund der Entscheidung zurückging, nämlich auf die, in der Formel nicht ausgedrückte, vorhergegangene Stipulation, worin der

(e) Gajus IV. § 47.

Beklagte dem Kläger 25 Seſterze unter der Bedingung, daß der Kläger Eigenthümer wäre, verſprochen hatte (f).

Der Beſitz des Beklagten als Bedingung der petitoria formula wurde in der Intentio gar nicht erwähnt, ſondern lediglich officio judicis geprüft und im Urtheil beachtet (g). Wenn daher wegen des Mangels dieſes Beſitzes die Klage abgewieſen wurde, ſo konnte dieſer Grund der Entſcheidung nicht aus der Vergleichung des Urtheils mit der formula erkannt werden. Daher pflegte dieſer Grund der Entſcheidung, wie es mehrere Stellen der Römiſchen Juriſten geradezu erwähnen, in dem Urtheil ſelbſt ausgedrückt zu werden (h).

Auch noch in mehreren anderen Stellen werden Urtheile erwähnt, in welchen Entſcheidungsgründe unmittelbar ausgedrückt ſind (i). Schwerlich iſt hierüber ein ganz gleichförmiges Verfahren in allen Urtheilen beobachtet worden.

(f) Gajus IV. § 93. 94. — In der Behandlung dieſes Falles liegt zugleich einer der vollſtändigſten Beweiſe der oben aufgeſtellten Behauptung, daß überhaupt im Römiſchen Recht die Rechtskraft auch auf die Gründe der Entſcheidung bezogen worden iſt. Vgl. oben § 291. h. — Eben weil in dem Fall der certi condictio aus einer Geldſtipulation die bloße Intentio keinen Aufſchluß über die Natur und den Grund des Anſpruchs gab, ſo mußte bei dieſer Klage neben der actio auch die vollſtändige stipulatio edirt werden. *L.* 1 § 4 *de edendo* (2. 13).

(g) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1).

(h) Vgl. oben § 291. f. i.

(i) *L.* 1 § 1 *quae sent. sine app.* (49. 8). (Macer) „Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si judex ita pronuntiaverit: *Cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere; idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno.* Nam quoniam error computa-

Digitized by Google

Es ist oben gesagt worden, daß es außer den, hier angegebenen, geschriebenen Quellen auch noch manche allgemeinere Erwägungen gebe (gleichsam unsichtbare Erkenntnißquellen), welche bei Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft benutzt werden müßten.

Diese Erkenntnißquellen können in zwei entgegengesetzten Richtungen bestimmend einwirken: Einige, indem sie als stillschweigende Zusätze zu dem Urtheil hinzugedacht werden müssen; Andere, indem sie diejenigen Aussprüche, die ihrer Form nach, und nach der Absicht des Richters, zu dem Urtheil gehören, und also der Rechtskraft theilhaftig zu seyn scheinen, ganz, oder theilweise entkräften. — Es gehören dahin folgende Fälle:

I. Jede Verurtheilung schließt in sich die Freisprechung von allen weiter gehenden Ansprüchen aus dem streitig gewordenen und abgeurtheilten Rechtsverhältniß; jede Freisprechung geht nicht blos auf das von dem Kläger geforderte Ganze, sondern auch auf jeden denkbaren Theil dieses Ganzen (§ 286).

Diese, in ihren praktischen Folgen ungemein wichtigen Sätze, die niemals in dem Urtheil ausgedrückt zu werden pflegen, sind stets als stillschweigende Bestandtheile des

tionis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur.“ — Eben so in dem anderen Fall, welcher in dem § 2 derselben Stelle als Beispiel einer Entscheidung mit Gründen aufgestellt wird. Desgleichen auch in *L.* 2 *C. quando provocare* (7. 64).

Urtheils anzusehen, die eben so rechtskräftig werden, wie der ausgesprochene Theil desselben.

II. In jedem Urtheil ist stillschweigend hinzuzudenken eine gewisse Zeitbestimmung. Die Anerkennung, oder Verneinung eines Rechts in der Person des Klägers soll als Wahrheit gelten, und wird rechtskräftig *nur für den Zeitpunkt, in welchem das Urtheil gesprochen wird.*

Der Richter spricht also Etwas aus nur in Beziehung auf den gegenwärtigen Zeitpunkt; er läßt nothwendig unberührt alle in die Zukunft fallenden Veränderungen, und die Rechtskraft des Urtheils bleibt ohne Einwirkung auf jeden Rechtsstreit, welcher auf der Behauptung von Thatsachen beruht, die erst nach dem Urtheil eingetreten seyn sollen.

Dieser Satz, der in seinen einzelnen Anwendungen niemals bezweifelt worden ist (k), findet gerade hier seine wahre Begründung. Er beruht nämlich darauf, daß die eben erwähnte Zeitbestimmung als stillschweigender Zusatz in das Urtheil hinein zu denken ist. Daraus folgt, daß eine künftige, auf spätere Thatsachen gegründete Klage mit dem früheren Urtheil gar nicht im Widerspruch steht (l).

(k) Er kommt vor bei der causa superveniens, s. u. § 300.

(l) Die angegebene Regel ist hier abgeleitet worden aus dem richtig verstandenen *Inhalt* des Urtheils, also aus der Natur der Einrede der Rechtskraft in ihrer positiven Function. Dieselbe Regel wurde auch anerkannt, nur aus anderen Gründen, bei der Einrede in ihrer älteren Gestalt (der negativen Function. Hier beruhte sie

III. Die bisher abgehandelten Fälle führten dahin, daß dem wörtlich ausgesprochenen Urtheil aus allgemeinen Erwägungen stillschweigende Zusätze beigegeben wurden, die an der Rechtskraft Theil nehmen sollten. Es giebt aber auch Fälle, in welchen umgekehrt Dasjenige, welches durch seine Form und durch die Absicht des Richters rechtskräftig werden sollte, von der Rechtskraft ausgeschlossen bleiben muß.

Dahin gehört, richtig aufgefaßt und begränzt, der Fall des Rechnungsfehlers. Wenn nämlich das Urtheil selbst eine Rechnung aufstellt und aus dieser die Summe der Verurtheilung ableitet, die Rechnung aber falsch ist, so steht die ausgesprochene Summe mit den mathematischen Denkgesetzen im Widerspruch. Die Folge ist die, daß die Bestandtheile der Rechnung als wahr und rechtskräftig angenommen werden, die Summe selbst aber berichtigt werden kann und muß, und zwar ohne Appellation oder irgend ein anderes Rechtsmittel, ohne neues Urtheil, sowohl von demselben Richter, der das Urtheil gesprochen hat, als auch von jedem anderen Richter, der mit dieser Sache zu thun bekommt (m). Der Fall, welcher von dem alten Juristen

darauf, daß die später angestellte Klage auf alia res ging, also mit der früher in judicium deducirten und dadurch consumirten Klage nicht identisch war. Keller S. 292.

(m) *L.* 1 § 1 *quae sent.* (49. 8), oben in der Note i. abgedruckt. — Vgl. Gönner B. 3 S. 203. Linde Handbuch § 13. — Alle anderen Irrthümer des Urtheils darf der urtheilende Richter selbst durchaus nicht verbessern, nachdem das Urtheil einmal ausgesprochen ist. *L.* 42, *L.* 45 § 1, *L.* 55 *de re jud.* (42. 1). Nur eine Er-

angeführt wird, bezieht ſich auf ein Urtheil von folgendem Inhalt: „Da der Beklagte aus Einem Rechtsgrund 50 ſchuldig „iſt, aus einem andern Rechtsgrund 25, ſo verurtheile ich „ihn zu 100." Hier ſoll nicht etwa (wie man glauben könnte) das ganze Urtheil nichtig ſeyn, ſondern es ſoll nur die Rechnung berichtigt werden (citra provocationem *corrigitur*), d. h. es ſoll ſo angeſehen werden, als wenn zu 75 verurtheilt wäre. Nach den oben aufgeſtellten Grundſätzen aber kann es kein Bedenken haben, daſſelbe Verfahren anzuwenden, ohne Unterſchied, ob jene Rechnung in dem Urtheil ſelbſt (wie in jener Digeſtenſtelle), oder in den abgeſondert beigefügten Urtheilsgründen aufgeſtellt iſt.

Mit dieſem Fall des Rechnungsfehlers läßt ſich noch der andere (ſchwerlich je vorkommende) Fall vergleichen, wenn irgend ein Stück des Urtheils nach Naturgeſetzen unmöglich iſt (n), da dieſe denſelben Anſpruch auf unbedingte Anerkennung haben, wie die Geſetze der Mathematik, ſo daß in beiden Fällen eine eigentlich juriſtiſche Prüfung und Berichtigung des Urtheils als gleich überflüſſig erſcheint.

Dagegen haben eine ganz verſchiedene Natur einige

gänzung des Urtheils ſoll ihm geſtattet ſeyn, wenn ſie noch an demſelben Tage hinzugefügt wird. *L.* 42 *cit.*

(n) *L.* 3 *pr.* § 1 *quae sent.* (49. 8) „Paulus respondit, impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. — Idem respondit, ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari." — Über den, auch in manchen anderen Rechtsinſtituten wahrzunehmenden Einfluß der auf Naturgeſetzen beruhenden Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit vgl. oben B. 3 § 121 fg.

andere Fälle, die mit dem eben dargestellten Fall des im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehlers mehr oder weniger verwandt sind, und daher irrigerweise von manchen Schriftstellern auf gleiche Linie gestellt werden.

Ein Rechnungsfehler nämlich kann auch außer einem Rechtsstreit, in Rechtsgeschäften verschiedener Art vorkommen, und dann zu einer Anfechtung des Geschäfts Anlaß geben. Wenn z. B. eine aus mehreren Posten bestehende Kaufmannsrechnung falsch summirt wird, und deshalb der Käufer mehr bezahlt, als er schuldig ist, so kann er die Überzahlung mit einer condictio indebiti zurückfordern. Bei diesem Rechtsstreit kann ein Vergleich, so wie ein rechtskräftiges Urtheil vorkommen (o); aber alle diese Folgen, die sich an einen ursprünglich außergerichtlichen Rechnungsfehler anknüpfen, haben mit der oben aufgestellten Regel von dem im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehler Nichts gemein. — Ferner kann der Rechnungsfehler zwar einem Urtheil zum Grunde liegen, jedoch so, daß er nicht

(o) Von einem Fall solcher Art handelt *L. un. C. de err. calculi* (2. 5). Zweifelhaft ist die Bedeutung von Paulus V. 5 A. § 11. „Ratio calculi saepius se patitur supputari, atque ideo potest quocunque tempore retractari, si non longo tempore evanescat.“ Die Anfangsworte sind ganz ähnlich gefaßt, wie die angeführte Stelle des Codex („unde rationes etiam saepe computatas denuo tractari posse“), und können daher gleichfalls auf außergerichtliche Rechtsgeschäfte bezogen werden. Aber die Worte *quocunque tempore* retractari scheinen die Nothwendigkeit der zu beobachtenden Appellationsfrist verneinen zu wollen, und dann müßte Paulus den Fall des im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehlers (Note i.) vor Augen gehabt haben.

aus dem Urtheil ſelbſt erhellt, ſondern erſt von uns hinterher als Anfechtungsgrund geltend gemacht wird, indem wir eine andere Rechnung aufſtellen, als die, welche den Richter, nach unſrer Vorausſetzung, zu ſeiner Entſcheidung beſtimmt hat. Dieſes iſt der Gegenſtand einer gewöhnlichen Anfechtung des Urtheils durch Appellation (p), und hat wiederum mit jener Regel Nichts gemein. Es müſſen daher die verſchiedenen Beziehungen, in welchen ein Rechnungsfehler vorkommen und Einfluß haben kann, genau unterſchieden werden.

In unmittelbarer Verbindung mit der Regel, nach welcher der Rechnungsfehler niemals in Rechtskraft übergehen kann (Note i.), wird von Macer die andere Regel aufgeſtellt, daß es auch dann gegen ein Urtheil keiner Appellation bedürfe, wenn darin der Inhalt einer Kaiſerconſtitution verletzt werde (q). Man möchte dadurch verleitet werden, dieſen Fall mit dem Fall des Rechnungsfehlers auf gleiche Linie zu ſtellen, woraus wieder folgen würde,

(p) Darauf iſt zu beziehen *L.* 2 *C. de re jud.* (7. 52.) „Res judicatae si *sub praetextu* computationis instaurentur, nullus erit litium finis," welche Stelle, ſo verſtanden, mit *L.* 1 § 1 *quae sent.* (Note i.) nicht im Widerſpruch ſteht, da ſie von einem ganz anderen Falle ſpricht. Das ganze Gewicht liegt auf den Worten sub praetextu. In dem, von Macer in der angeführten Digeſtenſtelle aufgeſtellten Falle konnte von einem praetextus nicht die Rede ſeyn, da der bloße Augenſchein entſchied.

(q) *L.* 1 § 2 *quae sent.* (49. 8). Vgl. *L.* 27. 32 *de re jud.* (42. 1), *L.* 19 *de appell.* (49. 1), woraus zugleich erhellt, daß die Verletzung einer Lex, oder eines Senatusconſults hierin auf gleicher Linie ſtand mit der Verletzung einer Kaiſerconſtitution.

daß auch der fehlende Richter selbst seinen Irrthum (ähnlich einem bloßen Schreibfehler) wieder verbessern könne. Diese Meinung würde jedoch ganz irrig seyn, und beide Fälle haben eine verschiedene Natur. Die in einem Urtheil enthaltene Gesetzverletzung kann nur durch ein Rechtsmittel gegen das Urtheil berichtigt werden, und ist nur dadurch von anderen, in einem Urtheil vorkommenden Fehlern verschieden, daß die Anfechtung nicht den beschränkenden Regeln und Formen der Appellation unterworfen ist. Der innere Unterschied des Rechnungsfehlers von der Gesetzverletzung liegt darin, daß der Rechnungsfehler von Jedem, der nur darauf aufmerksam gemacht wird, unfehlbar anerkannt werden muß; bei der angeblichen Gesetzverletzung aber kommt es erst auf eine, oft nicht unzweifelhafte, Prüfung des Inhalts des Gesetzes an, ferner auf eine Vergleichung des Gesetzes mit dem Urtheil, insbesondere auch auf die Frage, ob der Richter in der That das Gesetz verkannt, oder vielmehr in der Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz geirrt hat, auf welchen letzten Fall die Befreiung von den regelmäßigen Bedingungen der Appellation ganz und gar nicht bezogen werden darf (r).

An die so eben erwähnte Regel des Römischen Rechts von der Gesetzverletzung in einem Urtheil, deren Anfechtung nicht unter den gewöhnlichen Regeln und Formen der Appellation stehen soll, haben sich in dem Prozeßrecht neuerer

(r) *L.* 32 *de re jud.* (42. 1), *L.* 1 § 2 *quae sent.* (49. 8).

Zeiten ſehr wichtige Rechtsinſtitute in mannichfaltiger Entwickelung angeſchloſſen. — Es gehört dahin die Lehre des gemeinen Deutſchen Prozeſſes von der Nichtigkeit des Urtheils wegen des verletzten jus in thesi (s); ferner im Franzöſiſchen Prozeſſe das Rechtsmittel der Caſſation; eben ſo im früheren Preußiſchen Prozeſſe die (dem gemeinen Deutſchen Prozeſſe nachgebildete) Nichtigkeitsklage wegen verletzter klarer Geſetze (t); im neueren Preußiſchen Prozeſſe die Nichtigkeitsbeſchwerde, welche eine der Franzöſiſchen Caſſationsbeſchwerde ähnliche Natur hat (u).

Alle dieſe, den neueren Zeiten angehörenden, Rechtsinſtitute ſind hier nur beiläufig erwähnt worden, um auf ſie die gemeinſame Bemerkung zu beziehen, daß ſie lediglich dem Prozeßrechte angehören, und mit der hier vorliegenden Lehre von der Rechtskraft keine unmittelbare Berührung haben, inſofern alſo von den, ſo eben aus dem Römiſchen Rechte dargeſtellten Folgen des Rechnungsfehlers weſentlich verſchieden ſind. Es ſind insgeſammt Rechtsmittel gegen richterliche Urtheile, und inſofern ſind ſie mit der Appellation gleichartig, obgleich von dieſer in Bedingungen und Formen mehr, oder weniger verſchieden (v).

(s) Linde Lehrbuch §419—422.

(t) Allgemeine Gerichtsordnung Th. 1 Tit. 16 § 2 N. 2.

(u) Geſetz vom 14. Dez. 1833 (Geſetzſammlung 1833 S. 302).

(v) Aehnlich der Römiſchen Behandlung des Rechnungsfehlers iſt die Vorſchrift der Preußiſchen A. G. O I. 14. § 1. „Wenn in dem publicirten Urtel erſter Inſtanz irgend ein Irrthum in Worten, Namen, oder Zahlen vorgefallen . . . zu ſeyn ſcheint, ſo bedarf es deshalb keiner Appellation, ſondern . . . dieſes (das Kollegium) muß . . . den vorgefallenen Irrthum durch eine . . . Regiſtratur abändern laſſen“ u. ſ. w.

§. 293.

Genauere Bestimmung des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Schriftsteller.

Die Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe würde nicht zu einem befriedigenden Schluß geführt seyn, wenn nicht auch die Meinungen unsrer Schriftsteller über diese Frage übersichtlich dargestellt würden. Daß diese Meinungen so sehr unter sich selbst im Widerstreit sind, muß gerade bei einem Gegenstand von so häufiger praktischer Anwendung auffallen, und ist nur daraus zu erklären, daß man es versäumt hat, die Begriffe und die Fragen, worauf es bei diesem Streit ankommt, zu klarer Entwicklung zu bringen, bevor die Entscheidung der Fragen unternommen wurde.

An die Darstellung der gemeinrechtlichen Literatur soll die Behandlung desselben Gegenstandes im Preußischen Recht angeschlossen werden. Dieses Verfahren würde nicht zu rechtfertigen seyn, wenn das Preußische Recht hierin (so wie in den wichtigsten Theilen des eigentlichen Prozeßrechts) einen eigenen und neuen Weg eingeschlagen hätte; so verhält es sich aber in der That nicht. Praxis und Literatur geht hier stets aus von wenigen, allerdings nicht erschöpfenden, Gesetzstellen. Bei deren Abfassung aber lag augenscheinlich nicht die Absicht zum Grunde, die Lehre von der Rechtskraft auf einem neu erfundenen Grunde zu erbauen, welche Absicht schon durch die Kürze und Unvoll-

ſtändigkeit dieſer Stellen widerlegt wird. Vielmehr ſollte nur mit wenigen Worten die Befolgung derjenigen Regeln über die Rechtskraft angeordnet werden, deren Kenntniß und Übung bei allen damals vorhandenen Richtern aus dem gemeinen Recht vorausgeſetzt werden konnte.

Um aber die folgende literariſche Darſtellung verſtändlicher zu machen, iſt es nöthig, zwei Geſichtspunkte hervor zu heben, welche möglicherweiſe ſowohl von der Geſetzgebung, als von der Wiſſenſchaft und der Praxis in der Lehre von der Rechtskraft aufgefaßt werden können, und welche großentheils zu entgegengeſetzten Zielen führen. Dabei muß an die ſchon oben (§ 291) gemachte Bemerkung erinnert werden, daß die Rechtskraft unzertrennlich verbunden iſt mit der Möglichkeit und dem Bedürfniß der Appellation; was rechtskräftig zu werden fähig und beſtimmt iſt, kann und muß, damit es nicht rechtskräftig werde, durch Appellation angefochten werden, und umgekehrt: was nicht rechtskräftig wird, braucht und ſoll nicht Gegenſtand einer Appellation ſeyn.

Der eine Geſichtspunkt nun, den man in der Lehre von der Rechtskraft vorzugsweiſe verfolgen kann, iſt die Befriedigung des augenblicklichen Bedürfniſſes. Es ſoll ſo leicht und ſo ſchnell, als möglich, auf die letzte Entſcheidung des jetzt vorliegenden praktiſchen Streites hingewirkt werden. Kann dieſe Entſcheidung auch bei künftigen Streitigkeiten helfen, ſo iſt es gut; für dieſen untergeordneten Gegenſtand aber haben wir wenig zu ſorgen.

Der entgegengesetzte Gesichtspunkt ist die Feststellung aller, unter den Parteien streitig gewordenen und bis zur Spruchreife verhandelten, Rechtsverhältnisse für alle Zukunft. So weit dabei die Entscheidung des zunächst vorliegenden, unmittelbar praktischen Streites erleichtert und beschleunigt werden kann, muß es geschehen; nur darf durch die Verfolgung dieses untergeordneten Zweckes das angegebene eigentliche Ziel nicht gefährdet werden (a).

Dieser zweite Gesichtspunkt ist unzweifelhaft der der Römischen Juristen. Dafür zeugt ihre gründliche Ausbildung der Lehre von der Rechtskraft, deren Darstellung die Aufgabe ver vorliegenden Abhandlung ist.

Der erste Gesichtspunkt ist nicht selten in neuerer Zeit von Schriftstellern und Gerichten auf einseitige Weise verfolgt worden, und in diesem Gegensatz ist wohl der Hauptgrund der starken Meinungsverschiedenheiten in dieser Lehre zu suchen.

Die Meinungen der Schriftsteller lassen sich auf drei Klassen zurück führen.

(a) Es darf freilich diese Behauptung nicht dahin übertrieben werden, als ob das Urtheil nie früher gesprochen werden dürfte, als bis alle streitig gewordenen Fragen spruchreif geworden wären, welchem möglichen Mißverständniß schon oben vorgebeugt worden ist (S. 360). Nur was wirklich spruchreif geworden ist (oder in naher Zeit gemacht werden kann), soll durch das Urtheil so festgestellt werden, daß diese Feststellung für alle Zukunft sicheres Recht bilden könne.

I. Die meiſten verneinen die Rechtskraft der Gründe unbedingt, ſelbſt ohne für den Fall eine Ausnahme vorzubehalten, wenn die Gründe mit der Urtheilsformel ſelbſt verwebt ſind (b). Dahin ſind auch diejenigen zu rechnen, welche den Gründen nur inſofern einen Werth beilegen, als dadurch vielleicht ein zufällig undeutliches Urtheil erklärt werden kann (c); denn auch in dieſer Meinung wird die wahre Bedeutung der Gründe, und das innere Verhältniß derſelben zu dem Urtheil ſelbſt, völlig verkannt.

II. Einige Schriftſteller nehmen die Rechtskraft der Gründe an, wenn ſie in das Urtheil eingerückt ſind, nicht, wenn ſie blos in einem abgeſonderten Aufſatz ſtehen. Sie tadeln aber eben deshalb die Einrückung in das Urtheil, halten es alſo für einen Nachtheil, wenn die Gründe rechtskräftig werden. Dieſe Meinung hatte früher Wernher, und ſie iſt nachher von Claproth angenommen worden (d). — Später änderte Wernher ſeine Meinung dahin, daß auch die abgeſonderten Gründe rechtskräftig werden, inſofern ſie der Richter zugleich mit dem Urtheil den Parteien publicire. Eben deshalb aber tadelt er nun auch dieſes Verfahren, und findet es beſſer, ſie nicht zu publiciren (e).

(b) Berger oecon. forensis Lib. 4 T. 22 Th. 4 Not. 6. — Hymmen Beiträge B. 6 S. 102 N. 45 — Martin Prozeß § 113 Note d. — Linde Lehrbuch § 381 Note 5.

(c) Cocceji jus controv. XLII. 1 Qu. 8 Pufendorf Obs. I. 155.

(d) Wernher Obs. T. 1 P. 4 Obs. 172. — Claproth ordentl. Prozeß Th. 2 § 210.

(e) Wernher Obs. T. 3 P. 3 Obs. 97 N. 24—32.

Diese ganze Meinung, und insbesondere die Warnung gegen Publication der Gründe, hängt augenscheinlich zusammen mit der oben erwähnten Auffassung, nach welcher das ganze Streben auf die schnelle Beseitigung des augenblicklichen Bedürfnisses und auf die Verminderung der Rechtsmittel, nicht auf die bleibende Feststellung streitiger Rechtsverhältnisse für die Zukunft, gerichtet seyn soll. Dasselbe Motiv liegt auch der ersten Meinung zum Grunde, durch welche die Rechtskraft der Gründe überhaupt, und ohne Rücksicht auf äußere Form und Stellung, verneint wird.

III. Bei einer dritten Klasse von Schriftstellern endlich wird der innere Zusammenhang der Gründe mit dem Inhalt des Urtheils, und daher die Theilnahme der Gründe an der Rechtskraft, richtig anerkannt, ohne Unterschied, in welcher Form die Gründe ausgesprochen, und an welcher Stelle dieselben angebracht sind.

Der erste Schriftsteller neuerer Zeiten, bei welchem ich diese freiere Ansicht finde, ist J. H. Böhmer. Er nennt die Gründe wesentliche Bestandtheile des Urtheils, die Seele des Urtheils, die Ergänzung des richterlichen Gedankens, und schreibt ihnen daher dieselbe Kraft, wie dem Urtheil selbst, zu (f).

(f) Böhmer exercit. ad Pand. T. 5 p. 534 § 18: „Equidem rationes decidendi virtualiter sententiae inesse creduntur, cum contineant fundamenta, quibus judex motus sententiam eo, quo factum est, modo tulit, adeoque eandem vim cum ipsa sententia habere videntur, utpote cujus anima et quasi

Zu den Schriftſtellern dieſer Klaſſe gehört ferner Bayer, der ſich ausdrücklich dahin erklärt, daß es bei der Rechtskraft nicht darauf ankomme, an welchem Orte (in der Urtheilsformel, oder in den Entſcheidungsgründen) ein Ausſpruch des Richters ſtehe, und daß jede Entſcheidung irgend eines, in dem vorhergehenden Verfahren beſtrittenen Hauptpunktes rechtskräftig werde (g). Eben ſo gehört dahin auch Wächter, der die Streitfrage über die Rechtskraft der Gründe zwar nicht als ſolche behandelt, wohl aber die Grundſätze des Römiſchen Rechts über die Rechtskraft ſo darſtellt, wie es nur unter Vorausſetzung einer richtigen Entſcheidung jener Streitfrage möglich iſt (h).

Noch beſtimmter aber und ausführlicher ſprechen ſich über dieſen Punkt zwei neuere Schriftſteller aus, deren geſchichtliche Auffaſſung der Lehre von der Rechtskraft von einer anderen Seite her oben bekämpft werden mußte, Kierulff und Buchka. Der erſte behauptet ganz richtig (i), „daß das richterliche Urtheil nach ſeinem Geiſt und nicht nach dem bloßen Wortinhalt behandelt werden

nervus sunt.“ (Wörtlich gleichlautend mit Jus eccl. Prot. Lib.2 T. 27 § 14). — Weiterhin verneint er die Rechtskraft derjenigen Stücke der Entſcheidungsgründe, worin der Richter zur bloßen Erläuterung fremdartige Erwägungen mit einmiſcht, z. B. Betrachtungen über die Lage des Eigenthums bei Gelegenheit der Entſcheidung über eine Beſitzklage. Gewiß mit Recht, da ſolche Betrachtungen zu den blos ſubjectiven Gründen gehören (§ 291. e).

(g) Bayer Civilprozeß S. 184 Ausg. 4.

(h) Wächter Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts B. 2 § 73.

(i) Kierulff S. 250. 254. 256. 260. Vgl. oben § 283 S. 282.

darf." Ferner, „Was man gewöhnlich Entscheidungsgründe nennt, ist eben der wahre concrete Inhalt, und die Condemnation, oder Absolution sind nur der Ausspruch des, aus ihm gefolgerten, rechtlichen Resultats. Was entschieden ist, weiß man wahrhaft nur, wenn man jene sogenannten Gründe kennt, und die gewöhnlich sogenannte Entscheidung selbst giebt davon nur eine oberflächliche andeutende Kunde." Damit ist die Sache selbst so richtig bezeichnet, daß sich von diesem Standpunkt aus jede einzelne Frage über die Rechtskraft der Gründe befriedigend beantworten läßt. Allein derselbe Schriftsteller verknüpft mit dieser richtigen Auffassung der Sache selbst eine ganz irrige geschichtliche Behauptung, indem er annimmt, diese richtige Einsicht sey erst die Frucht der, im heutigen Recht völlig zur Herrschaft gelangten aequitas, das Römische Recht habe diese Lehre noch nicht anerkannt. Diese Auffassung hängt zusammen, sie steht und fällt, mit der oben widerlegten Behauptung, daß die Römer bis in ihre neueste Gesetzgebung unter der Herrschaft des Consumtionsprinzips gebunden gewesen seyen, also niemals die Handhabung des Inhalts des Urtheils, vermittelst der positiven Function der exceptio rei judicatae, als wahre Aufgabe der Rechtskraft rein und vollständig durchgeführt hätten (§ 283). Die Widerlegung dieser Ansicht ist schon oben versucht worden, sie ist aber jetzt noch durch folgende Bemerkung zu ergänzen. Es müßte doch angegeben werden können, wann und wie die bessere Einsicht des heutigen Rechts, und zwar namentlich in Anwendung auf die Rechtskraft der Gründe, entstanden seyn sollte. Sie könnte etwa durch ein deutsches Reichsgesetz geltend geworden seyn; ein solches findet sich nicht. Es könnten einzelne Schriftsteller eine gründliche Theorie aufgestellt,

und damit allgemeine Anerkennung gefunden haben, im Widerſpruch mit dem Römiſchen Recht; oder es könnte, ohne theoretiſche Durchführung, blos in der geſunden Praxis, die beſſere Einſicht allgemein durchgedrungen ſeyn. Aber es iſt ja ſo eben gezeigt worden, wie ganz mangelhaft, unter einander ſtreitend, und beſonders der richtigen Lehre mehr oder weniger widerſprechend, bis auf die neueſte Zeit faſt alle Schriftſteller die Rechtskraft der Gründe behandelt haben; darunter Schriftſteller, die aus der Mitte der Praxis hervorgegangen ſind, und aus deren Zeugniſſen allein wir den Stand der Praxis kennen. Vor der unbefangenen Erwägung dieſer Thatſachen muß die geſchichtliche Auffaſſung des erwähnten Schriftſtellers als unmöglich zerfallen, ſelbſt ohne Darlegung des wahren Inhalts des Römiſchen Rechts.

Ganz ähnlich iſt die Behandlung dieſer Frage bei Buchka, der nur noch ausführlicher, und mit mehr Schein der Quellenforſchung, auf dieſelbe eingegangen iſt. Die eigene Darſtellung, die derſelbe von der Rechtskraft der Gründe giebt, iſt befriedigender, als die irgend eines früheren Schriftſtellers (k). Er behauptet, der Richter müſſe und wolle über Alles entſcheiden, das bis zur Duplik als Gegenſtand des verhandelten Rechtsſtreites feſtgeſtellt worden ſey. Der Umfang dieſer zur Rechtskraft beſtimmten Entſcheidung ſey alſo nicht blos aus der Urtheilsformel, ſondern auch aus den beigefügten Entſcheidungsgründen zu erkennen. Von dieſem Grundſatz macht er die richtige Anwendung auf die Rechtskraft der Präjudicialpunkte und insbeſondere der legitimatio ad causam. Von dieſem Allen aber, als der im heutigen Recht

(k) Buchka B. 2 S. 183—209, beſonders S. 183. 184. 207.

gewonnenen Einsicht, behauptet er gerade das Gegentheil für den Standpunkt des Römischen Rechts, in welchem, wie er glaubt, die Rechtskraft nur auf die unmittelbare Entscheidung selbst, nicht auf die Gründe, insbesondere nicht auf die Präjudicialpunkte, soll bezogen worden seyn (l). Die Bemerkungen, die so eben über die Auffassung von Kierulff gemacht worden sind, finden auch hier ihre volle und buchstäbliche Anwendung.

Wenn man die sehr aus einander gehenden und oft so irrigen Ansichten der Schriftsteller in dieser Lehre erwägt, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß nothwendig auch die Praxis hierin von jeher eine ganz verschiedene und großentheils irrige gewesen seyn müsse. Dennoch muß ich die Richtigkeit dieser Folgerung bezweifeln, und vielmehr für wohl möglich halten, daß Mancher unter den angeführten Schriftstellern eine bessere Praxis mit erlebt und selbst geübt haben mag, als man ihm nach seinen Schriften zutrauen sollte. Dieser Umstand würde sich aus der, schon im Anfang des gegenwärtigen §. ausgesprochenen, Bemerkung erklären, nach welcher die, in der Lehre von der Rechtskraft herrschenden, falschen Ansichten weniger aus deutlich gedachten, und mit bestimmten Bewußtseyn angenommenen Irrthümern, als aus einem Mangel an klarer Entwicklung der hier vorkommenden Begriffe und Fragen entsprungen sind.

Aus zuverlässiger Mittheilung kann noch hinzugefügt werden,

(l) Buchka B. 1 S. 290—314, besonders S. 301. 305. 308. Die klarsten Stellen, aus welchen die richtige Auffassung der Rechtskraft bei dem Römischen Juristen hervorgeht, *L.* 7 § 4. 5 *de exc. r. j.* (44. 2) sucht er auf gezwungene Weise zu entkräften (S. 296). Die scheinbaren Gründe, die er aus anderen Stellen für seine Behauptung anführt (insbesondere bei der Alimentenklage S. 305 und bei der pignoris capio S. 308) können erst weiter unten widerlegt werden (§ 298).

daß die Praxis des K. Sächsischen Oberappellationsgerichts zu Dresden mit der hier aufgestellten Lehre völlig übereinstimmt. Diese Übereinstimmung erhellt aus den nachstehenden Regeln, die in dem erwähnten Gerichtshof befolgt werden.

Decisive Sätze, welche in die Entscheidungsgründe aufgenommen worden sind, der Sache nach aber die nothwendige Unterlage der Entscheidung (also integrirende Theile derselben) bilden, erlangen mit der Entscheidung Rechtskraft.

Sätze, die in den Rationen ausdrücklich zu Motivirung der Abweisung aufgestellt worden sind, oder dem Zusammenhange nach bei der Entscheidung stillschweigend vorausgesetzt seyn müssen, gehen mit der Entscheidung selbst in Rechtskraft über.

Wegen der Entscheidungsgründe kann daher gegen das Urtel appellirt werden, so lange oder so weit noch eine Appellation gegen das Urtel zulässig ist.

§. 294.

Genauere Bestimmung des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Preußisches Recht.

Im Preußischen Prozeßrecht ist die Rechtskraft des Urtheils in einigen so allgemein gefaßten Stellen anerkannt (a), daß daraus die unzweifelhafte Absicht hervorgeht, nur den Bestand des vorgefundenen gemeinen Rechts in diese Lehre aufzunehmen, und ferner gelten zu lassen.

Was aber insbesondere die Rechtskraft der Gründe betrifft, so findet sich eine Gesetzstelle, welche auf den

(a) A. G. O. Einleitung § 65. und I. 16 § 1.

Cartonblätter

ersten Blick diese Rechtskraft unbedingt auszuschließen, und insbesondere auch auf den Ort, wo sich ein richterlicher Ausspruch findet, den größten Werth zu legen scheint.

> Allg. Gerichtsordnung I. 13 § 38. Die Kollegia und Urtelsfasser müssen sorgfältig Acht geben, daß überall die wirkliche Entscheidung und deren Gründe deutlich von einander unterschieden, und nicht etwa, das zu der ersten gehört, in die letzteren, noch auch umgekehrt, mit eingemischt werde, indem bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtels haben sollen (b).

Indessen bleibt dabei der Begriff der Gründe noch ganz unentschieden, und besonders läßt der Ausdruck: bloße Entscheidungsgründe, dem Gedanken Raum, daß hier verschiedene Arten von Gründen als denkbar vorausgesetzt

(b) Die Materialien zur Allg. Gerichtsordnung geben über die Entstehung und den Sinn dieser Stelle gar keinen Aufschluß. Das von der Hand von Suarez geschriebene Concept (Band 15 fol. 44) ist mit dem gedruckten Text wörtlich gleichlautend. Das gedruckte Corpus J. Frid. von 1781 Tit. 13 § 11 stimmt eben so überein bis auf Kleinigkeiten (z. B. maaßen anstatt indem). Ein früherer Entwurf von der Hand von Suarez stimmt gleichfalls wesentlich überein, nur mit etwas mehr wörtlichen Verschiedenheiten, z. B. mit eingemischten lateinischen Ausdrücken, wie distinguiret, *vice versa* (B. 5 fol. 61; es ist daselbst Tit. 14). Ein noch älterer Entwurf von Carmer (1775) hat eine solche Bestimmung noch gar nicht (B. 2 fol. 75—77; es ist daselbst das Cap. XVII.). — Eine ganz ähnliche Bewandniß hat es mit dem § 36. Dieser steht im Corpus J. Frid. 1781 Tit. 13 § 10 und hat gleichfalls nur geringe Verschiedenheiten von der A. G. O. („die bei der Sache etwa vorkommenden Präliminär- und Präjudicialfragen"). Der Entwurf von Suarez B. 5 fol. 61 sagt: „passus praeliminares et praejudiciales."

ſeyn möchten, welches mit der oben aufgeſtellten Lehre ganz übereinſtimmen würde (c).

Ganz beſonders aber iſt dabei eine kurz vorhergehende Geſetzſtelle zu berückſichtigen, die bei dem Streit über die Rechtskraft meiſt überſehen zu werden pflegt.

Die Frage wegen der Rechtskraft der Gründe tritt mit praktiſcher Wichtigkeit beſonders da hervor, wo neben dem eigentlichen Klagegrund gewiſſe Präjudicialfragen zu entſcheiden ſind, wohin insbeſondere die ſogenannten exceptiones litis finitae (z. B. Vergleich), und die ſogenannte legitimatio ad causam gehören. Für die Behandlung ſolcher Fälle giebt das Preußiſche Prozeßgeſetz folgende an ſich zweckmäßige Vorſchrift (d). Wenn die Präjudicialfrage wahrſcheinlich leicht und ſchnell, die Hauptſache aber ſchwierig zu entſcheiden iſt, ſo wird zuerſt die Präjudicialfrage allein inſtruirt und durch ein beſonderes Urtheil entſchieden; für dieſen Fall kann kein Zweifel an der Rechtskraft der Entſcheidung ſeyn. Wenn dagegen beide Fragen „ungefähr in gleichem Verhältniß ſtehen", ſo bleibt es bei der Regel: „Hauptſache und Exception werden zu gleicher Zeit inſtruirt und abgeurtelt" (e). Es fragt ſich nun, wie dieſes Letzte ausgeführt werden ſoll.

Nach der ſtrengen Lehre Derjenigen, welche durchaus keine Rechtskraft der Gründe aufkommen laſſen wollen,

(c) Schon ein neuerer Schriftſteller hat auf dieſen Ausdruck aufmerkſam gemacht. Koch Lehrbuch des Preuß. Rechts B. 1 § 199.

(d) A. G. O. I. 10 § 62–81 b.

(e) A. G. O. I. 10 § 62 c. und § 63 verglichen mit § 68. Ganz eben ſo ſoll es gehalten werden, wenn die Hauptſache einfach und leicht, die Exception aber ſchwierig iſt; außer wenn es in dieſem Fall

müßte das Urtheil Nichts enthalten, als allein die Verurtheilung, oder die Freisprechung; die Ueberzeugung, die der Richter über die Präjudicialfragen gewonnen hätte, wäre für ihn blos ein Beweggrund der Entscheidung, käme nicht in das Urtheil, würde nicht rechtskräftig, und wäre nicht Gegenstand eines möglichen Rechtsmittels (f). Gesetzt nun, es fände sich über diese Frage gar keine gesetzliche Vorschrift, so müßte es doch für höchst bedenklich gehalten werden, wenn der Umfang der in jedem einzelnen Rechtsstreit eintretenden Rechtskraft von ganz zufälligen Umständen abhängig gemacht werden sollte. Nichts kann nämlich zufälliger seyn, als die dem subjectiven Ermessen des Richters überlassene Vermuthung, daß eine Präjudicialfrage leichter, als die Hauptsache entschieden werden könne. Wenn der Richter dieser Vermuthung Raum giebt, wird über die Präjudicialfrage ein besonderes Urtheil gesprochen, das dann unzweifelhaft rechtskräftig wird; sollte nun wohl die Rechtskraft blos deswegen nicht eintreten, weil zufällig der Richter jene Vermuthung nicht gelten läßt, und daher kein besonderes Urtheil über die Präjudicialfrage spricht?

In der That aber findet sich über jene Frage, nämlich über die Behandlung des Falles eines gleichzeitigen Urtheils über die Präjudicialpunkte und die Hauptsache, folgende ausführliche Vorschrift:

gelingt, in der Hauptsache sogleich eine rechtskräftige Abweisung zu bewirken, weil dadurch die Verhandlung über die Exception ohnehin entbehrlich wird. § 64—67.

(f) Daß die Sache in der neuesten Zeit in dieser buchstäblichen Strenge aufgefaßt worden ist, wird unten nachgewiesen werden.

Allg. G. O. I. 13 § 36.

In dem Urtel ſelbſt müſſen zuvörderſt die bei der Sache ſich findenden, vorläufigen und Präjudicialfragen, wohin auch die Incidentpunkte gehören, abgemacht, und bei jedem Punkte die Gründe der Entſcheidung beigefügt; ſodann zur Deciſion der Hauptſache übergegangen; wenn auch dieſe aus mehreren Punkten beſteht, bei jedem derſelben die Entſcheidung beſonders feſtgeſetzt, und die Gründe dafür ſofort angehängt werden (vgl. Note b.)

Hier iſt alſo ausdrücklich vorgeſchrieben, daß Ausſprüche, die nicht unmittelbar die augenblickliche Erledigung des vorliegenden Streites durch Verurtheilung oder Freiſprechung enthalten, die daher nach dem üblichen Verfahren der Gerichte nicht in das Urtheil, ſondern blos in die Entſcheidungsgründe geſetzt zu werden pflegen, daß dieſe Ausſprüche dennoch in das Urtheil ſelbſt aufgenommen und dadurch der Rechtskraft unzweifelhaft unterworfen werden ſollen.

Ich kann in dieſer Geſetzſtelle nur die beſtimmte Anerkennung des oben aufgeſtellten Grundſatzes über die Rechtskraft der (objectiven) Gründe des Urtheils finden. Der einzige Zweifel, den man gegen die Richtigkeit dieſer Auslegung des angeführten Geſetzes erheben könnte, möchte darin beſtehen, daß das Geſetz vielleicht den Ausdruck: Präjudicialfragen in irgend einem engeren Sinn genommen hätte. Ich verſtehe darunter alle Fragen überhaupt, wodurch, unabhängig von dem eigentlichen Klage-

grund, eine endliche Entscheidung der ganzen Sache herbeigeführt werden kann, so daß dann eine Prüfung der Wahrheit, oder Unwahrheit des Klagegrundes unnöthig wird. Es gehören dahin die sogenannten exceptiones litis finitae, aber eben so auch die sogenannten exceptiones litis ingressum impedientes, ferner die exceptio deficientis legitimationis ad causam, und andere mehr. Von allen diesen wird ausdrücklich gesagt, daß sie ganz auf gleiche Weise behandelt werden sollen, und zwar nach dem oben aufgestellten Unterschied (g). Sind sie schneller, als die Hauptsache, spruchreif zu machen, so wird über sie durch ein besonderes Urtheil entschieden, das also jedem möglichen Urtheil über den Klagegrund vorhergeht (h). Stehen sie mit der Hauptsache „ungefähr in gleichem Verhältniß," so werden sie mit der Hauptsache zugleich abgeurtelt, und auf die Einrichtung des Urtheils in diesem Falle geht eben der oben mitgetheilte § 36, der also den Ausdruck: Präjudicialfragen, in der größten denkbaren Ausdehnung nimmt (i).

(g) Über diese, nach der Vorschrift des Gesetzes völlig gleichartige Behandlung aller hier aufgezählten Fälle lassen keinen Zweifel die § 79—81 b. (G. O. I. 10), verglichen mit § 62—78 b.

(h) Gerade aus diesem Umstand, daß über solche Fragen abgesondert und vorhergehend verhandelt und entschieden wird, oder doch werden kann, erklärt und rechtfertigt sich die allgemeine Bezeichnung derselben als Präjudicialfragen.

(i) Im § 81 a. heißt die legitimatio ad causam ein Präjudicialpunkt, und das Marginale: Andere Präjudicialpunkte bei § 81 b. sagt deutlich genug, daß alle vorhergehenden Fälle als Präjudicialpunkte angesehen werden, wozu auch der Name vollkommen paßt. Über den Ausdruck: Präjudicialfragen oder

Wollte man etwa eine Widerlegung dieſer Auslegung des Geſetzes aus dem Umſtande hernehmen, daß in der Praxis die Urtheile anders abgefaßt werden, als es nach dieſer Auslegung des § 36 geſchehen müßte, ſo könnte ich dieſe Widerlegung nicht anerkennen. Ob die Praxis hierin von dem Geſetz abgewichen iſt, ja ob ſie vielleicht durch Gründe der Zweckmäßigkeit zu dieſer Abweichung beſtimmt ſeyn mag, iſt für unſere Frage völlig gleichgültig. Es kommt dabei lediglich auf den wahren Sinn des Geſetzes ſelbſt an, und aus dieſem von mir feſtgeſtellten Sinn folgt, daß unſer Prozeßgeſetz die Rechtskraft der objectiven Gründe deutlich gedacht und gewollt hat. Es hat dieſe Rechtskraft ſogar dadurch zu ſichern geſucht, daß es ſolche Stücke, die in der That die objectiven Gründe in ſich ſchließen, in die Urtheilsformel ſelbſt aufzunehmen vorgeſchrieben hat.

Ich will nun in chronologiſcher Ordnung zuſammenſtellen, welche Äußerungen der, auf dem Boden jener Geſetze erwachſenen Praxis zur öffentlichen Kunde gekommen

Präjudicialpunkte vgl. Bethmann-Hollweg Verſuche S. 123 bis 137, und A. G. O. I. 5 § 29. — Ich habe geglaubt, dieſe Frage etwas ausführlich behandeln zu müſſen, weil neuerlich eine willkürlich einſchränkende Erklärung des § 36 verſucht worden iſt. Waldeck im neuen Archiv für Preußiſches Recht, Jahrg. 7 (1841) S. 469—471. Er ſelbſt giebt aber zu, daß die legitimatio ad causam zu den Präjudicialpunkten gehört (worüber der § 36 einen Ausſpruch verlangt), und wenn dieſe ein Gegenſtand des Urtheils, alſo rechtskräftig wird, ſo iſt eigentlich ſchon die ganze Rechtskraft der Gründe im Prinzip anerkannt.

sind. Ich rechne dahin sowohl Urtheilssprüche der Gerichte, als Rescripte der höchsten Aufsichtsbehörde.

1. Urtheil des Geheimen Ober-Tribunals vom 22. August 1817 (k).

Ein Mühlenpächter hatte Erlaß von Pachtgeldern gefordert wegen gestörter Ausübung des gepachteten Rechts. Ein rechtskräftiges Urtheil hatte den Erlaß im Allgemeinen als begründet anerkannt, aber als Bedingung desselben die im Landrecht vorgeschriebene Legung einer Administrationsrechnung gefordert. Kläger konnte eine solche Rechnung nicht legen, klagte aber dennoch von Neuem auf Pachterlaß.

Zwei Urtheile wiesen die neue Klage ab wegen des rechtskräftigen früheren Urtheils. Das Revisionsurtheil änderte ab und sprach den Erlaß zu, indem es die Rechtskraft durch zwei Gründe beseitigte. Erstlich habe in dem früheren Prozeß der Beklagte selbst erklärt, es sey ihm gleichgültig, ob der Beweis durch Rechnung, oder auf andere Weise geführt werde. Zweitens widerspreche das rechtskräftige Urtheil sich selbst, indem es den Erlaß überhaupt für begründet erkläre, und doch noch an eine Bedingung knüpfe.

Auf den ersten Blick könnte man geneigt seyn, hierin eine freie Behandlung der Rechskraft, und namentlich eine Anerkennung der Rechtskraft der Gründe zu finden. Ich

(k) Simon und Strampff Rechtssprüche B. 1 S. 62.

finde darin vielmehr eine wahre Verletzung der Rechtskraft, die ich für ſehr bedenklich halte. Die in den Voracten enthaltene Erklärung einer Partei gehört nicht zu den Urtheilsgründen, und ihre Nichtachtung hätte höchſtens ein Rechtsmittel rechtfertigen können. Ein innerer Widerſpruch iſt aber gewiß nicht vorhanden, wenn ein Anſpruch zwar anerkannt, aber doch nur unter einer Bedingung (d. h. theilweiſe) anerkannt wird.

2. Reſcript vom 18. Nov. 1823 (l) (Miniſter Kircheiſen).

In dem Tenor eines abweiſenden Urtheils brauche nicht der abgewieſene Antrag umſtändlich aufgenommen zu werden, „indem die beigefügten Entſcheidungsgründe . . . dem ſuccumbirenden Theil jederzeit hierüber die erforderliche Belehrung geben."

Der Ausdruck Belehrung iſt zwar nicht ohne Bedenken; dennoch ſcheint die richtige Anſicht vorausgeſetzt, daß die Gründe einen wahren Beſtandtheil des Urtheils ausmachen; denn nur unter dieſer Vorausſetzung geben die Gründe die erforderliche Belehrung, d. h. die Belehrung über die Frage, ob die Partei ein Rechtsmittel einzulegen hat.

3. Reſcript vom 28. Juli 1835 (m) (Min. Mühler). Darin wird geſagt, das Erkenntniß bilde nur in Verbindung mit den Gründen ein Ganzes, ein wahres Urtheil.

(l) Kamptz Jahrbücher B. 22 S. 173.
(m) Kamptz Jahrbücher B. 46 S. 112.

Daher sey auch ein, auf einem gesetzwidrigen Grunde ruhendes Urtheil für nichtig zu erklären, selbst wenn dasselbe aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheine, also in der letzten Entscheidung bestätigt werden müsse.

Dabei ist augenscheinlich die richtige Lehre vom Verhältniß der Gründe zum Urtheil vorausgesetzt.

4. Urtheil des Tribunals vom 1. Decbr. 1843 (n).

Ein Gutsherr hatte rückständige Laudemiengelder eingeklagt, der Beklagte hatte durch Widerklage Löschung der Hypothek auf diese Rückstände verlangt. Der Beklagte wurde rechtskräftig verurtheilt und mit der Widerklage abgewiesen. Nun klagte der vorige Beklagte auf Löschung der hypothekarisch eingetragenen Laudemialverpflichtung des Gutes selbst (nicht mehr einzelner Rückstände). Beide erste Richter wiesen die neue Klage zurück wegen der exceptio rei judicatae. In Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde wurde deswegen abgeändert, weil das frühere Urtheil nur über einzelne Laudemialzahlungen, nicht über das Laudemialrecht selbst, rechtskräftig entschieden habe, so daß in den zwei ersten Urtheilen die (nicht rechtskräftigen) Gründe mit dem (rechtskräftigen) Urtheil verwechselt worden seyen.

In diesem Erkenntniß des Tribunals liegt ein ganz entschiedener Widerspruch gegen die oben aufgestellten Grundsätze über die Rechtskraft der Gründe.

(n) Koch Schlesisches Archiv B. 5 S. 277 fg. Die Hauptstelle ist S. 283—285. Der Herausgeber hebt noch mehrere andere bedenkliche Seiten dieses Urtheils heraus.

5. Plenarbeſchluß des Tribunals vom 23. Januar 1843 (o).

Der hier entſchiedene Fall ſelbſt gehört nicht unmittelbar in das Gebiet unſrer Frage. Allein in den Gründen wird ausdrücklich folgende Lehre aufgeſtellt. Wenn der Klagegrund und mehrere Einreden inſtruirt ſind, und der Richter freiſprechen will, ſo muß er das Urtheil hierauf beſchränken, ohne dabei zu ſagen, ob er die Klage für unbegründet, oder eine oder die andere Einrede für begründet hält. Sonſt käme der Beklagte, der ſich ja über Nichts zu beſchweren habe, in die Lage, wenn der Kläger appellire, gleichfalls gegen die ihm nachtheiligen Gründe zu appelliren.

Hier iſt recht augenſcheinlich der oben (§ 293) dargeſtellte und getadelte Geſichtspunkt vorherrſchend, nur leicht und ſchnell für den Augenblick abzuhelfen, unbekümmert um die Zukunft, beſonders aber, ſo viel als möglich die Rechtsmittel zu verhüten. Die Einſeitigkeit dieſes Geſichtspunktes wird recht augenſcheinlich, wenn man auf die Fälle Rückſicht nimmt, worin ein nach dieſer Anweiſung eingerichtetes Urtheil, in Ermangelung eingelegter Rechtsmittel, ſogleich rechtskräftig wird, oder worin es von der höchſten Inſtanz geſprochen iſt. Dann kann die, zur Erſparniß von Rechtsmitteln getroffene Vorkehrung dahin ausſchlagen, daß künftig neue Prozeſſe entſtehen, die durch eine richtig aus-

(o) Entſcheidungen des O. Tribunals B. 9. S. 128 fg. Die Hauptſtelle findet ſich S. 132. 133.

gedehnte Rechtskraft für immer verhütet worden wären. Auch ist nicht einzusehen, wie die hier aufgestellte Lehre mit der oben angeführten Stelle der Gerichtsordnung (I. 13 § 36) vereinigt werden soll.

6. Plenarbeschluß des Tribunals vom 19. September 1845 (p).

Wenn ein Beklagter Einwendungen gegen das Klagerecht selbst hat, und daneben die Einrede der fehlenden Activlegitimation, so kann nach Umständen über diese Präjudicialeinrede besonders instruirt und erkannt werden. Wenn aber Dieses nicht geschieht, sondern beide Einwendungen gleichzeitig verhandelt werden, so soll (nach jenem Plenarbeschluß) die Präjudicialeinrede nicht in dem Tenor, sondern nur in den Gründen erwähnt werden, die Entscheidung darüber soll nicht rechtskräftig werden, und es soll dagegen kein Rechtsmittel zulässig seyn.

Gegen diese Entscheidung gelten dieselben Gründe, welche bereits gegen die vorhergehende geltend gemacht worden sind; ja es ist in ihr der Widerspruch mit der angeführten Stelle der A. G. O. (I. 13 §. 36) sogar noch unmittelbarer und augenscheinlicher.

7. Urtheil des Tribunals vom 26. Januar 1847 in Sachen Neste auf Molstow wider Ulrike Amalie Koltermann (aus handschriftlicher Mittheilung). In den Gründen dieses Urtheils kommt folgende Stelle vor, die mit der hier vorgetragenen Lehre vollkommen übereinstimmt:

(p) Entscheidungen des O. Tribunals B. 11 S. 118—122.

„Im Vorprozeſſe nämlich hat der Verklagte ſich ſchon „auf den Erbſchaftskaufvertrag vom 1. Juli 1842 ge„ſtützt, und dieſen excipiendo gegen die Klägerin gel„tend gemacht. Der Reviſionsrichter verwarf jedoch „den desfallſigen Einwand, indem er ausführte, wie „dieſer Vertrag die Klägerin nicht beeinträchtigen „könne. Durch die Verwerfung, wenn ſie auch blos „in den Urtelsgründen erfolgte, weil es ſich um eine „Einrede handelte, erloſch die letztere; ſie blieb zu „einer nachherigen Proteſtation eben ſo wenig, wie zu „einer neuen Klage geeignet. (cf. Wächter Hand„buch Bd. II. S. 558. 567.)“

Endlich iſt auch noch anzugeben, welche Meinungen von Schriftſtellern des Preußiſchen Rechts über die vorliegende Frage aufgeſtellt worden ſind.

Grävell hat an mehreren Stellen ſeines Commentars über die Gerichtsordnung (q) Regeln über das Verhältniß der Präjudicialpunkte zum Urtheil ſelbſt und zu deſſen Rechtskraft aufgeſtellt, die wohl auf eine freiere Anſicht der Sache gedeutet werden können; allein ſeine Ausdrücke ſind doch ſo wenig beſtimmt und entſchieden, daß ich es für ungewiß halte, ob dieſer Schriftſteller mit der hier aufgeſtellten Lehre wirklich übereinſtimmt, oder nicht.

(q) Grävell Comm. über die A. G. O. B. 1 S. 145, B. 2 S. 681. 685. 686.

Dagegen hat Koch ſehr entſchieden an mehreren Orten dieſelbe Lehre über die Rechtskraft der Gründe aufgeſtellt, welche oben für das Preußiſche, wie für das gemeine Recht vertheidigt worden iſt (r).

Zum Schluß dieſer ganzen Unterſuchung iſt noch der Zuſammenhang derſelben mit einer, an ſich ſehr verſchiedenen, Frage bemerklich zu machen, welche in neuerer Zeit mit Gründlichkeit und Scharfſinn nach beiden Seiten hin verhandelt worden iſt, mit der Frage nämlich, wie in einem Richtercollegium abzuſtimmen iſt; ob nach Gründen, oder vielmehr nach dem letzten Reſultat (s). Im erſten

(r) Koch Lehrbuch des Preußiſchen Rechts B. 1 §. 199. 200, und: Juriſtiſche Wochenſchrift 1837 S. 1—10, S. 21—34. Beſonders entſcheidend iſt folgender Rechtsfall (S. 1. 2. 31. 32). Einer Klage auf verfallene Zinspoſten war die exceptio non numeratae pecuniae entgegengeſetzt worden; dieſe wurde verworfen, und der Beklagte wurde zur Zahlung der Zinſen verurtheilt. Nunmehr klagte der vorige Beklagte mit der condictio sine causa auf Herausgabe des Schuldſcheins, und zwar aus demſelben Grunde, den er früher als Einrede ohne Erfolg geltend gemacht hatte. Der erſte Richter wies die Klage ab wegen des rechtskräftigen Urtheils, der Appellationsrichter reformirte, weil beide Klagen verſchiedene Objecte gehabt hätten, und in dem erſten Prozeß das gegebene Darlehn zwar angenommen, aber nur in den Gründen, die nicht rechtskräftig würden, nicht in dem Tenor, ausgeſprochen worden ſey. — Koch tadelt dieſes Urtheil mit Recht.

(s) Für die Abſtimmung nach Gründen haben ſich ausgeſprochen: Ein Miniſterial-Reſcript von 1819; ein zweites von 1834; ein drittes von 1840; (Ergänzungen und Erläuterungen der Preußiſchen Rechtsbücher B. 8 Breslau 1843, zu G. O. I. 13 § 31, S. 314. 315. Juſtiz-Miniſterialblatt 1841 S. 18 bis 24). Ferner: Göſchel Zerſtreute Blätter B. 1 S. 238. Koch Lehrbuch des Preußiſchen Rechts B. 1 §. 64. — Für die Abſtim-

Falle muß aus den, durch die Mehrheit angenommenen, einzelnen Gründen das Reſultat gezogen werden, auf die Gefahr hin, daß mit dieſem Reſultat an ſich die Mehrheit vielleicht nicht zufrieden ſeyn würde. Im zweiten Falle müſſen die Entſcheidungsgründe aus allen, von den einzelnen Mitgliedern vorgebrachten Gründen ſo ausgeſucht werden, wie ſie zu dem gezogenen Reſultat paſſen, auf die Gefahr hin, daß jeder dieſer Gründe für ſich von der Mehrheit mißbilligt werden möchte (t).

Es iſt nicht meine Abſicht, mich hier in die Prüfung dieſer ſchwierigen und verwickelten Frage im Allgemeinen einzulaſſen, und dadurch den Gang unſrer Unterſuchung zu unterbrechen: ich will nur den partiellen Zuſammenhang nachzuweiſen ſuchen, in welchem dieſe Frage mit der hier aufgeſtellten Lehre von der Rechtskraft der Gründe ſteht. Wenn dieſe Lehre richtig iſt, d. h. wenn die objectiven Gründe wahre Beſtandtheile des Urtheils ſind, und mit demſelben rechtskräftig werden ſollen, ſo muß nothwendig über jeden objectiven Grund, nicht blos über Verurtheilung oder Freiſprechung, beſonders abgeſtimmt und entſchieden werden, weil ſonſt die Rechtskraft dieſer Gründe nicht von dem Collegium in ſeiner Mehrheit entſchieden ſeyn würde. Es bleibt aber dabei noch unentſchieden, ob vielleicht in

mung nach dem Reſultat: Dorguth, Juriſtiſche Wochenſchrift 1841 S. 153. 173. 625. 645. 647. 671, und Waldeck im neuen Archiv für Preußiſches Recht, Jahrg. 7. (1841) S. 427—471.

(t) Dieſes letzte Verfahren verlangt ausdrücklich Dorguth a. a. O. S. 159 N. 11.

Anſehung der ſubjectiven Gründe das entgegengeſetzte Verfahren als richtig anzuſehen ſeyn möchte (u).

§. 295.

Rechtskraft. II. Wirkungen. Einleitung.

Die bisher geführte Unterſuchung ging darauf aus, die Bedingungen der Rechtskraft feſtzuſtellen; es bleibt nur noch übrig, die Wirkung derſelben zu unterſuchen (a).

In der Wirkung der Rechtskraft ſind drei Stufen zu unterſcheiden, welche in folgenden Rechtsinſtituten erſcheinen; Execution, actio judicati, Einrede der Rechtskraft.

Die beiden erſten Inſtitute ſind inſofern von beſchränkterer Anwendung als ſie nur bei verurtheilenden Erkenntniſſen vorkommen, nicht bei freiſprechenden, während das dritte (die Einrede) bei jeder Art von Erkenntniſſen vorkommen kann. Ein größerer Unterſchied aber, in Beziehung auf unſren beſonderen Zweck, liegt darin, daß die zwei erſten Inſtitute mehr zu dem Prozeßrecht zu rechnen ſind, anſtatt daß das dritte ganz dem materiellen Recht angehört, deſſen Darſtellung allein in unſrer Aufgabe liegt.

Die Execution iſt im Fall eines verurtheilenden Erkenntniſſes, wenn demſelben nicht freiwillig Folge geleiſtet

(u) Allerdings habe ich ſelbſt kein Bedenken, mich bei den ſubjectiven Gründen für daſſelbe Verfahren, wie bei den objectiven, zu erklären. Dieſes würde z. B. zur Anwendung kommen, wenn etwa die Beweiskraft einzelner Zeugen oder Urkunden aus verſchiedenen Gründen beſtritten werden ſollte.

(a) Der Zuſammenhang dieſer verſchiedenen Fragen iſt oben, am Ende des §. 283, angegeben worden.

wird, die nächſte und fühlbarſte Wirkung der Rechtskraft. Sie hat jedoch keinen anderen Zweck, als den, dem richterlichen Ausſpruch durch äußere Macht ſichere Geltung zu verſchaffen, und gehört alſo als letztes Glied in die Reihe der Prozeßhandlungen (b). Eine Einwirkung auf das materielle Recht, durch Veränderung der Rechtsverhältniſſe, liegt darin nicht, und wenn eine ſolche Veränderung durch Veranlaſſung der Execution dennoch eintritt, ſo liegt der Grund nicht ſowohl in der Natur und Beſtimmung derſelben, als in zufälligen Umſtänden. Für viele Verpflichtungen nämlich, die das verurtheilende Erkenntniß dem Beklagten auferlegen kann, iſt ein unmittelbarer Zwang gar nicht möglich, und es müſſen dann entweder indirecte Zwangsmittel angewendet, oder Surrogate aufgeſucht werden, um ſo durch Umwege dem Urtheil eine annähernde Ausführung zu verſchaffen (c).

(b) Aus den Quellen des Römiſchen Rechts gehört dahin ein großer Theil des Digeſtentitels de re judicata (42. 1), insbeſondere die Beſtimmungen über das tempus judicati (L. 7, L. 4 § 5, L. 29 de re jud. u. ſ. w.), ſo wie die über das pignus in causa judicati captum.

(c) Die Herausgabe einer vom Beklagten beſeſſenen Sache kann unmittelbar erzwungen werden; eben ſo, durch Abpfändung und Verkauf, die Zahlung einer Geldſumme. Nicht ſo, wenn zur Vollziehung des Urtheils eine freie Thätigkeit des Beklagten erforderlich iſt; in dieſem Falle bleibt Nichts übrig, als indirecter Zwang, z. B. durch perſönliche Haft, oder Verwandlung des urſprünglichen Gegenſtandes in eine Geldzahlung durch aestimatio, die im R. R. in ſehr ausgedehnter Weiſe vorkommt. Hierüber ſind von jeher in der Theorie und Praxis ſehr verſchiedene Regeln angenommen worden. Vgl. Wächter Heft 2 S. 14—33.

Etwas, aber nicht viel, anders verhält es sich mit der Actio judicati. Allerdings enthält diese insofern ein neues materielles Rechtsinstitut, als ihr eine eigenthümliche Obligation zum Grunde liegt, welche jedoch selbst nur die Entwicklung und Vollendung der, durch die Litiscontestation begründeten Obligation ist (d). Indessen hat diese Obligation keinen anderen Stoff, als die Execution, und so ist sie selbst doch eigentlich nur eine andere Form der Execution, mit welcher sie daher die wesentlich prozessualische Natur theilt (e). — So haben denn auch die meisten Eigenthümlichkeiten, die man als Privilegien dieser Klage bezeichnen kann, eine überwiegend prozessualische Beschaffenheit (f). Eine derselben, die ganz in das materielle Recht gehört, muß jedoch noch besonders hervorgehoben werden: diese betrifft die Urtheilszinsen.

(d) S. o. § 258 S. 32. 33. Viele Stellen, die von dieser Obligation handeln, sind zusammengestellt bei Keller S. 199 Note 3.

(e) Ein großer Theil des Digestentitels de re judicata (42. 1) handelt von der actio judicati, deren allgemeine Natur in folgenden Stellen angegeben wird: L. 4. 5. 6. 7. 41 § 2. 43. 44. 61 *de re jud.* (42. 1). Bei den neueren Juristen ist oft noch neben dieser Klage von einer besonderen imploratio officii judicis die Rede, die aber im Grunde immer wieder die actio judicati ist, wenn sie auch vielleicht weniger förmlich erscheint. Vgl. Buchka B. 2 S. 214. — Anders freilich verhält es sich in der besonderen Prozeßgesetzgebung mancher Länder, worin verschiedene Stufen dieser Rechtsverfolgung vorgeschrieben sind. So in der Preußischen Allg. Gerichtsordnung Th. 1 Tit. 24 § 3 Tit. 28 § 14.

(f) Dahin gehört im älteren Recht die Strafe der doppelten Zahlung bei Ableugnung des Urtheils, ferner die manus injectio, die satisdatio, ein besonderes vadimonium. Gajus IV. § 9. 21. 25. 102. 186.

Wenn nämlich das Urtheil dem Beklagten eine Geldzahlung auferlegt, ſo iſt es denkbar, daß er von dieſer Summe vor dem Urtheil Vertragszinſen, Verzugszinſen, Prozeßzinſen, oder auch gar keine Zinſen zu zahlen hatte. Es entſteht nun die Frage, ob das rechtskräftige Urtheil auf die Zinsverpflichtung, je nach dieſen verſchiedenen Fällen, irgend einen abändernden Einfluß ausübt für die künftige Zeit. Das Römiſche Recht iſt in der Beantwortung dieſer Frage lange ſchwankend geweſen; die Entſcheidung des Juſtinianiſchen Rechts iſt aber nicht zweifelhaft (g). Von dem Augenblick des rechtskräftigen Urtheils an iſt aller bisherige Zinſenlauf gehemmt, und dieſe Begünſtigung des Beklagten, die ihm die freiwillige Erfüllung des Urtheils erleichtern ſoll, dauert vier Monate. Hat er innerhalb dieſes Zeitraumes nicht gezahlt, ſo wird nicht etwa der frühere Zinſenlauf fortgeſetzt, ſondern es entſtehen, ohne daß es einer Mahnung bedarf, neue Zinſen, welche ſtets zwölf Procente (centesimae) betragen, jedoch nur von der früheren Kapitalſchuld, nicht von früheren Zinſen, bezahlt werden müſſen. — Dieſe ganz eigenthümliche, ſehr willkührliche Vorſchrift iſt indeſſen nach dem übereinſtimmenden Zeugniß der bewährteſten praktiſchen Schriftſteller im heutigen Recht nicht anerkannt worden (h). Es bleibt alſo nunmehr bei einem unveränderten Fortgang der früher lau-

(g) *L.* 13 *C. de usur.* (4. 32). *L.* 1. 2. 3 *C. de us. rei jud.* (7. 54).

(h) Voetius Lib. 22 Tit. 1 § 11, Stryk ibid. § 13. Lauterbach ibid. § 22.

fenden Zinsen, insbesondere der Prozeßzinsen, wo solche zur Anwendung kommen, auch nachdem ein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist.

Unter den drei oben angegebenen Wirkungsarten der Rechtskraft bleibt jetzt noch die letzte zur näheren Betrachtung übrig: die exceptio rei judicatae, oder die Einrede der Rechtskraft. Von dieser ist schon oben nachgewiesen worden, daß die historische Entwicklung der Rechtskraft sich hauptsächlich an sie, als ihren eigentlichen Mittelpunkt, angeknüpft hat (§ 281 fg.). Durch sie sollte vorzugsweise die Fiction der Wahrheit des rechtskräftigen Urtheils praktisch durchgeführt werden, oder mit anderen Worten, es sollte durch sie bewirkt werden, daß niemals der Inhalt eines Urtheils mit dem Inhalt eines früheren rechtskräftigen Urtheils in Widerspruch trete. Allerdings theilte sie in früherer Zeit diesen Beruf mit anderen verwandten Rechtsinstituten (i); als aber diese allmälig verschwanden, diente sie allein zu jenem wichtigen Zweck, so daß sie im neuesten Recht eine noch höhere Stufe der Wichtigkeit eingenommen hat, als in der früheren Zeit.

Diese Einrede kann begründet werden sowohl durch eine Freisprechung, als durch eine Verurtheilung, hat also insofern eine weitere Wirkungssphäre, als die Execution

(i) Nämlich mit der, schon in der Litiscontestation liegenden Consumtion der Klage, wodurch manche Klagen ipso jure zerstört, andere vermittelst einer exceptio rei in judicium deductae entkräftet wurden (§ 281).

und die actio judicati, da dieſe nur aus einer Verurtheilung entſpringen können. — Aus der Freiſprechung entſpringt dieſe Einrede zum Vortheil des Beklagten, welcher dadurch gegen jede neue Klage geſchützt wird, wodurch der Erfolg jener Freiſprechung gefährdet werden könnte. — Aus der Verurtheilung kann ſowohl der Kläger, als der Beklagte, einen Anſpruch auf jene Einrede erwerben. Der Kläger, wenn durch eine neue Klage der frühere Beklagte ein Recht geltend zu machen verſucht, welches mit der rechtskräftigen Verurtheilung im Widerſpruch ſteht (§. 287). Der Beklagte, wenn er aus dem früher abgeurtheilten Recht von Neuem in Anſpruch genommen wird, und zwar über die Gränzen der rechtskräftigen Verurtheilung hinaus (§ 286).

Die Einrede der Rechtskraft ſteht in Verwandtſchaft mit einigen anderen Rechtsinſtituten, die mehr oder weniger ähnliche Natur mit ihr haben. — Dahin gehört zunächſt die exceptio pacti und jurisjurandi, indem ein Rechtsſtreit eben ſowohl durch Vertrag oder Eid, als durch rechtskräftiges Urtheil, zu Ende geführt werden kann. In allen dieſen Fällen iſt es gleich unzuläſſig, durch eine neue Klage mit einer ſolchen Beendigung in Widerſpruch zu treten, und damit Dieſes nicht geſchehe, ſind eben jene drei Einreden aufgeſtellt worden. Bei jeder derſelben kann es in Frage kommen, ob auch wirklich die neue Klage dieſelbe iſt, worauf ſich die frühere Beendigung bezog, und bei der Erörterung dieſer oft ſchwierigen Frage kann nicht

ſelten die Vergleichung einer dieſer Einreden mit den anderen gute Dienſte thun. Ein durchgreifender Unterſchied aber zwiſchen dieſen drei Einreden beſteht darin, daß die exceptio pacti und jurisjurandi ſchon im jus gentium anerkannt ſind, welches von der exceptio rei judicatae, als einem Inſtitut des blos poſitiven Rechts, nicht behauptet werden kann (§ 249. c).

Eine fernere Verwandtſchaft hat dieſe Einrede mit der oben abgehandelten Concurrenz der Klagen (§ 231 fg.).

Der Grundſatz der Concurrenz ſoll verhindern, daß der durch eine Klage geforderte und *zuerkannte* Gegenſtand noch einmal gefordert werde; der Grundſatz unſerer Einrede ſoll verhindern, daß der, im frühern Rechtsſtreit geforderte und *abgeſprochene* Gegenſtand ferner gefordert werde. Inſofern wird bei dieſen beiden Rechtsinſtituten ein gerade entgegengeſetzter früherer Erfolg vorausgeſetzt. Ihre Verwandtſchaft aber beſteht in der Vorausſetzung einer gewiſſen *Identität* des erſten und zweiten Rechtsſtreits. Indeſſen iſt dieſe Verwandtſchaft doch mehr ſcheinbar, als wahr, wenn man die Einrede der Rechtskraft in ihrer neueſten Geſtalt (der poſitiven Function) auffaßt, indem bei dieſer die Identität eine ganz andere Bedeutung hat, als in der Lehre von der Concurrenz. Der Grundſatz der Concurrenz kann den Gebrauch einer neuen Klage ausſchließen, auf deren Verhältniß zu der früheren Klage die Einrede der Rechtskraft gar nicht anwendbar ſeyn würde, und eben ſo kann auch umgekehrt dieſe Einrede eine neue

Klage in ſolchen Fällen ausſchließen, auf welche der Grundſatz der Concurrenz gar keine Anwendung findet. Manche Schriftſteller haben dieſen Umſtand überſehen, und daher beide Inſtitute in eine ihrer Natur nicht angemeſſene Verbindung zu bringen geſucht (k).

Der Zweck und Erfolg der Einrede der Rechtskraft läßt ſich einfach dahin beſtimmen, daß ſie auf Entkräftung jeder Klage geht, die mit dem Inhalt eines früheren rechtskräftigen Urtheils in Widerſpruch zu treten verſucht. — So, wie alle anderen Exceptionen, kann auch dieſe in Geſtalt einer Replication oder Duplication geltend gemacht werden, wenn die Lage des Rechtsſtreits dazu Gelegenheit darbietet. In ſolchen Fällen wird dadurch nicht die Klage des Gegners, ſondern deſſen Exception oder Replication entkräftet. Man kann daher für alle dieſe Fälle die gemeinſame Formel ſo ausdrücken: Es ſoll dadurch jederzeit der Anſpruch des Gegners entkräftet werden, welcher mit einem rechtskräftigen Urtheil in Widerſpruch treten würde.

Nach dieſen Vorbemerkungen bleibt noch der wichtigſte Punkt zu erörtern übrig: unter welchen Bedingungen die Einrede der Rechtskraft anwendbar iſt. Auf dieſe Frage wird ſich der ganze noch übrige Theil der gegenwärtigen Abhandlung beziehen.

(k) S. o. § 231 p. — Mehr wirkliche Verwandtſchaft beſtand noch zwiſchen der Concurrenz und der exceptio rei judicatae in ihrer älteren Geſtalt (der negativen Funktion).

§. 296.

Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. — Ueberſicht. Dieſelbe Rechtsfrage.

Die Frage nach den Bedingungen dieſer Einrede hat folgende Bedeutung. Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsſtreit die Einrede aus der rechtskräftigen Entſcheidung eines früheren Rechtsſtreits gebraucht wird, um die neue Klage zu entkräften, ſo ſoll das Verhältniß feſtgeſtellt werden, in welchem der erſte zu dem zweiten Rechtsſtreit ſtehen muß, damit die Einrede dieſe Wirkung haben könne.

Über dieſe Frage finden wir in folgenden zwei Stellen des Ulpian einen großentheils wörtlich gleichlautenden Ausſpruch, merkwürdigerweiſe jedesmal mit Berufung auf das Zeugniß des Julian.

L. 3 *de exc. r. j.* (44. 2). Julianus lib. 3 Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.

L. 7 § 4 *eod.* Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii (a).

In beiden übereinſtimmenden Stellen wird zur Anwendbarkeit der Einrede ein zweifaches Verhältniß der Identität zwiſchen dem erſten und zweiten Rechtsſtreit erfordert: die

(a) In derſelben Stelle heißt es, wenige Zeilen vorher, (*L.* 7 § 1 *eod.*): „Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, *quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.*“

jetzt zu entſcheidende Rechtsfrage ſoll dieſelbe ſeyn, welche ſchon früher entſchieden worden iſt, und die Perſonen, die jetzt ſtreiten, ſollen dieſelben ſeyn, welche den früheren Rechtsſtreit geführt haben.

Man kann Beides kurz als objective und ſubjective Identität bezeichnen. Zunächſt ſoll nun die erſte, die Identität der Rechtsfrage, genau beſtimmt werden.

Was in den angeführten beiden Stellen als eadem *quaestio* bezeichnet wird, heißt in manchen anderen Stellen eadem *res* (b). Es iſt einleuchtend, daß dieſer letzte Ausdruck weit unbeſtimmter iſt, als der erſte, indem es bei der großen Vieldeutigkeit des Wortes res ungewiß bleibt, ob vielleicht eine Übereinſtimmung in dem äußern Gegenſtand, oder in dem Namen, oder in der Formel beider Klagen gemeint ſeyn möge. Der Ausdruck quaestio dagegen deutet geradezu auf die in beiden Klagen der richterlichen Prüfung und Entſcheidung vorliegende Rechtsfrage, legt alſo dem zweiten Richter die Pflicht auf, den Inhalt des frü-

(b) *L.* 7 *pr. de exc. r. j.* (*Ulp.*), *L.* 14 *pr. eod.* (*Paul.*), *L.* 27 *eod.* (*Nerat.*). — Derſelbe Ausdruck findet ſich in *L.* 5 *eod.*; allein dieſe Stelle ſpricht in der That nicht von unſerer Einrede, ſondern von folgender Frage. Bei einer beabſichtigten mandati actio hatte ſich der Kläger eine cautio judicio sisti verſprechen laſſen, und zwar vor der L. C. (vgl. *L.* 10 § 2, *L.* 13 *si quis* caut.). Er änderte nachher ſeine Abſicht, und ſtellte zu demſelben Zweck die a. negot. gest. an. Wenn nun der Beklagte ausblieb, ſo fragte es ſich, ob die für eine andere Klage verſprochene Caution dennoch verfallen ſey. Ulpian bejaht dieſe Frage, weil es eadem res ſey. Vgl. Buchka B. 1 S. 97. — Dennoch kann die Aufnahme dieſer Stelle in unſeren Digeſtentitel nicht getadelt werden, da für die Exception das Daſeyn der eadem res eben ſo, und in demſelben Sinn, wie für die Caution, erfordert wurde.

heren Urtheils zu beachten und zu befolgen. Dieſe größere Beſtimmtheit des Ausdrucks iſt nicht nur an ſich eine weſentliche Verbeſſerung, ſondern ſie enthält zugleich ein unverkennbares Zeichen, daß man ſich, indem man dieſen Ausdruck wählte, der neueren Entwicklung unſres Rechtsinſtituts (der poſitiven Function der exceptio rei judicatae) deutlich bewußt geworden war.

Allerdings wurde auch bei der älteren Geſtalt jener Exception (der negativen Function) eine gewiſſe Identität beider Klagen erfordert; allein dieſe hatte dabei eine nicht wenig verſchiedene Bedeutung, indem vorzugsweiſe auf die übereinſtimmende Intentio beider Klagen (nicht auf den Inhalt des Urtheils) geſehen wurde, wovon in dem neueſten Recht ohnehin nicht mehr die Rede ſeyn könnte (c).

Zunächſt iſt alſo das Daſeyn derſelben Rechtsfrage (die objective Identität), als erſte Bedingung für die Einrede der Rechtskraft, genau zu beſtimmen. Dieſe Bedingung ſchließt zwei entgegengeſetzte Regeln in ſich, deren Sinn vorläufig feſtzuſtellen und durch Beiſpiele anſchaulich zu machen iſt.

I. Soweit beide Klagen auf einer verſchiedenen Rechtsfrage beruhen, darf die Einrede der Rechtskraft

(c) Dieſer Punkt iſt von Keller § 33 mit großer Sorgfalt, und mit Beachtung der nöthigen Einſchränkungen behandelt worden. — Von demſelben Schriftſteller wird S. 272—275 ausgeführt, daß eadem quaestio mit der eigenthümlichen Natur der Einrede in ihrer poſitiven Function in Verbindung ſteht.

nicht angewendet werden, auch wenn ein Schein von Uebereinſtimmung vorhanden ſeyn ſollte. Erläuternde Anwendungen ſind folgende.

Die Entſcheidung einer Beſitzklage begründet niemals die Einrede der Rechtskraft für die künftige Eigenthumsklage (d), und eben ſo auch umgekehrt. Man könnte verſucht ſeyn, das Eigenthum als das größere, den Beſitz als das geringere Recht an der Sache anzuſehen, folglich den Beſitz als Beſtandtheil des Eigenthums; dieſe Auffaſſung aber würde ganz irrig ſeyn. Beide Rechte ſind vielmehr ganz ungleichartig (e), ſo daß die Bejahung des einen mit der Verneinung des andern niemals im Widerſpruch ſteht.

Wird eine confeſſoriſche Klage auf iter abgewieſen, ſpäter eine confeſſoriſche Klage auf actus angeſtellt, ſo ſteht die Einrede nicht entgegen (f). Zwar umfaßt der actus unter andern auch alle einzelnen im iter enthaltenen Befugniſſe; dennoch ſind es Servituten verſchiedener Art und Benennung, deren jede alſo, unabhängig von der anderen, durch ein Rechtsgeſchäft beſonders begründet werden kann.

Die Abweiſung der Eigenthumsklage hindert nicht die ſpätere Anſtellung einer Condiction auf dieſelbe Sache, obgleich beide Klagen denſelben äußeren Zweck haben, nämlich dem Kläger dieſe Sache zu verſchaffen (g).

Die Abweiſung einer durch Dolus bedingten Klage hindert nicht die ſpätere Anſtellung der Aquiliſchen Klage,

(d) *L.* 14 § 3 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(e) *L.* 12 § 1 *de adqu. vel am. poss.* (41. 2).

(f) *L.* 11 § 6 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(g) *L.* 31 *de exc. r. jud.* (44. 2).

weil dieſe ſchon durch bloße Culpa begründet werden kann (h).

II. Soweit dagegen beide Klagen auf derſelben Rechtsfrage beruhen, iſt die Einrede der Rechtskraft anzuwenden, auch wenn ein Schein von Verſchiedenheit vorhanden ſeyn ſollte.

Um dieſe wichtige, und in manchen Beziehungen ſchwierige Regel in das wahre Licht zu ſetzen, ſollen zuerſt die einfachſten Fälle betrachtet werden, die Fälle, in welchen an dem Daſeyn unbedingter Übereinſtimmung kein Zweifel denkbar iſt. Dann iſt zu unterſuchen, welche einzelnen Beſtandtheile jener unbedingten, vollſtändigen Uebereinſtimmung etwa fehlen dürfen, ohne die Annahme der für unſren Zweck erforderlichen Uebereinſtimmung aufzuheben, alſo ohne für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft ein Hinderniß darzubieten. In ſolchen Fällen wird ein bloßer Schein der Verſchiedenheit vorhanden ſeyn, bei weſentlicher Gleichheit.

Ich will zwei Fälle aufſtellen, in welchen die Uebereinſtimmung beider Klagen keinem auch nur ſcheinbaren Zweifel unterworfen ſeyn kann.

Die auf ein Landgut aus dem Grund der Erſitzung angeſtellte Eigenthumsklage wird rechtskräftig abgewieſen. In der Folge wiederholt derſelbe Kläger gegen denſelben Beklagten die Eigenthumsklage aus demſelben Erwerbungs-

(h) *L.* 13 *pr. de lib. causa* (40. 12).

grunde. — Eine Darlehnsklage auf Hundert wird rechtskräftig abgewieſen, und ſpäter gegen denſelben Beklagten wiederholt. — In beiden Fällen iſt die ſpätere Klage von der früheren in keiner Beziehung verſchieden; ſie iſt eine reine, einfache Wiederholung derſelben, und die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft kann daher keinem Zweifel unterliegen.

Es iſt jedoch keineswegs erforderlich, daß die Übereinſtimmung alle hier angegebenen Vorausſetzungen umfaſſe; ſie kann in mehreren derſelben fehlen, und dennoch als wahre Uebereinſtimmung gelten, alſo auch die Einrede der Rechtskraft begründen. Alles kommt darauf an, daß in jedem einzelnen Fall die oben aufgeſtellten Grundbedingungen jener Einrede wirklich vorhanden ſind, nämlich: dieſelbe Rechtsfrage, und dieſelben Perſonen.

Ich will eine vorläufige Überſicht der möglichen Verſchiedenheiten beider Klagen geben, welche nicht als nothwendige Hinderniſſe für die Anwendung unſrer Einrede zu betrachten ſind.

1. Der zweite Rechtsſtreit kann über eine Klage von anderem Namen und anderer Natur geführt werden, als der erſte. (Ungleichartige Klage.)
2. Die Parteirollen können in dem zweiten Rechtsſtreit verwechſelt ſeyn, ſo daß der frühere Kläger jetzt als Beklagter auftritt.
3. Das Recht, welches in der einen Klage der Hauptgegenſtand des Streites iſt, kann in der anderen als

bloße Bedingung eines anderen, eigentlich verfolgten Rechts zur Sprache kommen (als Legitimationspunkt).

4. Der äußere Gegenſtand kann in beiden Klagen verſchieden ſeyn.
5. Der juriſtiſche Gegenſtand kann in beiden Klagen verſchieden ſeyn.
6. Das beſtrittene Recht kann in beiden Klagen aus verſchiedenen Entſtehungsgründen abgeleitet werden.

Die hier aufgeſtellte Behauptung geht alſo dahin, daß die Übereinſtimmung der Rechtsfrage (eadem quaestio) für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft allein entſcheidend iſt, und daß daneben andere, wenn auch ſehr ſcheinbare, Verſchiedenheiten beider Klagen nicht in Betracht kommen. Dieſe Behauptung aber ſteht in dem engſten Zuſammenhang mit der oben aufgeſtellten Lehre von den (objectiven) Gründen des Urtheils, als weſentlichen, untrennbaren Beſtandtheilen deſſelben, auf welche ſich die Rechtskraft des Urtheils ſelbſt mit erſtreckt. In der Auffaſſung der Römiſchen Juriſten erſcheinen beide Behauptungen als zuſammenhängende Stücke eines und deſſelben Grundſatzes, und auch bei den neueren Schriftſtellern bewährt ſich dieſer innere Zuſammenhang darin, daß faſt überall beide Fragen gleich richtig oder gleich irrig aufgefaßt zu werden pflegen (i).

(i) Derſelbe innere Zuſammenhang bewährt ſich in der Behandlung beider Gegenſtände, wie ſie in der Praxis und in der Literatur des Preußiſchen Rechts wahrzunehmen iſt. Vgl. Koch Lehrbuch B. 1 § 200.

Daß in der That diese Behauptung dem Römischen Recht entspricht, soll nunmehr für die aufgestellten Klassen der Verschiedenheiten, durch welche die Einrede der Rechtskraft nicht ausgeschlossen wird, im Einzelnen nachgewiesen werden.

§. 297.

Einrede der Rechtskraft. Dieselbe Rechtsfrage.

1. Ungleichartige Klage.

Der Umstand, daß die zweite Klage einen anderen Namen führt, als die erste, ist niemals ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede.

Diese Regel ist geradezu ausgesprochen in einer der oben angeführten Hauptstellen über die Bedingungen unsrer Einrede (§ 296).

> *L.* 7 § 4 *de exc. r. j.* (44. 2) . . . exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, *vel alio genere judicii* (a).

Ein erläuterndes Beispiel der Anwendung dieser Regel würde etwa folgendes seyn. Wenn Jemand seine Sache einem Anderen als Pfand, oder Commodat, oder Depositum hingiebt, und der Empfänger diese Sache beschädigt, so hat der Geber die Wahl, ob er mit der Contractsklage oder mit der Aquilischen Klage Entschädigung fordern

(a) Ganz eben so sagt *L.* 5 *eod.* „etsi diverso genere actionis.“ Es ist jedoch von dieser Stelle schon oben bemerkt worden, daß sie nicht unmittelbar von der Einrede der Rechtskraft spricht (§ 296. a).

will. Iſt aber eine dieſer Klagen abgewieſen, weil der Richter keine Beſchädigung annimmt, ſo iſt auch der Gebrauch der anderen Klage durch die Einrede der Rechtskraft ausgeſchloſſen.

Eine ſolche Entſcheidung findet ſich nun wirklich in mehreren einzelnen Anwendungen, jedoch ſo unbeſtimmt, daß dieſe allein nicht als zweifelloſe Beſtätigungen unſrer Regel gelten können. Wenn nämlich darin blos geſagt wird, die ſpätere Klage werde durch die frühere ausgeſchloſſen (b), ſo bleibt es dabei noch ungewiß, ob nicht vorausgeſetzt iſt, die Entſchädigung ſey durch die frühere Klage bereits bewirkt worden, in welchem Fall vielmehr die Regel der Concurrenz, als die der Einrede, entſcheidend ſeyn würde. In einigen anderen Stellen wird allerdings die exceptio rei judicatae als Grund der Ausſchließung erwähnt; jedoch iſt es auch da nicht klar, ob in der That der Inhalt des früheren Urtheils und nicht vielmehr das bloße Daſeyn deſſelben, alſo die Einrede in der negativen Function, gemeint iſt (c).

Dagegen ſind völlig klar und unzweifelhaft mehrere Entſcheidungen, die bei den folgenden Klaſſen der Verſchiedenheit vorkommen werden, namentlich bei der Verſchiedenheit der Parteirollen, und bei dem Legitimationspunkt.

(b) *L.* 18 § 1 *commod.* (13. 6), *L.* 38 § 1 *pro coc.* (17. 2), *L.* 1 § 21 *tutelae* (27. 3), *L.* 4 § 5 *quod cum eo* (14. 5).

(c) *L.* 4 § 3 *de noxal.* (9. 4), *L.* 25 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Eben ſo unzweifelhaft iſt folgende Entſcheidung für die exceptio jurisjurandi, deren hier anwendbare Analogie ſchon oben (§ 295) geltend gemacht worden iſt. Wenn eine Entſchädigung eingeklagt wird mit der Klage aus einem Mandat, einer Geſchäftsführung, einer Societät, und der Beklagte ſchwört, die Thatſache, woraus die Entſchädigung abgeleitet wird, ſey nicht wahr, ſo wird durch die Einrede des Eides nicht blos die Wiederholung der früheren Klage ausgeſchloſſen, ſondern auch die certi condictio, wenn etwa eine ſolche aus derſelben Thatſache, worauf ſich der Eid bezog, an ſich begründet werden könnte. Auch hier wird die Anwendbarkeit der Einrede in dem ſpäteren Rechtsſtreit ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß darin eadem quaestio, wie in dem früheren Rechtsſtreit, zur Entſcheidung gebracht werde (d).

2. Verſchiedene Parteirolle in dem erſten und zweiten Rechtsſtreit. Auch durch dieſe Verſchiedenheit wird die Anwendung der Exception oder Replication der Rechtskraft niemals verhindert, welches aus folgenden ganz unzweifelhaften Entſcheidungen einzelner Fälle hervorgeht.

Wennn der Beklagte in einer Eigenthumsklage verurtheilt wird, und dann dieſelbe Eigenthumsklage gegen den früheren

(d) *L.* 28 § 4 *de jurejur.* (12. 2) „Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam, si alia, *si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur*“ rel. Ganz eben ſo verhält es ſich mit der exceptio pacti. *L.* 27 § 8 *de pactis* (2. 14).

Beklagten anſtellt, ſo ſteht ihm unſre Einrede entgegen, weil die frühere Verurtheilung unabänderlich ausgeſprochen hat, daß er nicht Eigenthümer ſey (e). — Ganz eben ſo verhält es ſich mit der Erbrechtsklage, welche nach erfolgter Verurtheilung in umgekehrter Weiſe angeſtellt wird (f). — Derſelbe Fall endlich kann auch bei der Hypothekarklage zwiſchen zwei Pfandgläubigern eintreten, wenn in dem erſten Rechtsſtreit dem Kläger die Priorität zugeſprochen worden iſt, und nun in dem zweiten der frühere Beklagte als Kläger abermals dieſe Priorität für ſich geltend zu machen verſucht (g).

Wenn ferner in einer Eigenthumsklage der Kläger abgewieſen wird, weil der Richter das Eigenthum verneint, dann aber der Beſitz der Sache an dieſen Kläger kommt, und nun der frühere Beklagte gegen ihn die Publicianiſche Klage anſtellt, ſo kann der frühere Kläger (gegenwärtig Beklagter) gegen dieſe Klage die exceptio dominii gebrauchen. Allein dieſe Einrede wird ihm durch die replicatio rei judicatae entkräftet, weil in dem früheren Rechtsſtreit das Daſein ſeines Eigenthums rechtskräftig verneint worden iſt (h).

(e) *L.* 30 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 40 § 2 *de proc.* (3. 3). — Vgl. oben § 287. a.

(f) *L.* 15 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(g) *L.* 19 *de exc. r. jud.* (44. 2) „*eandem enim quaestionem* revocat in judicium.“ Auch in dieſer einzelnen Anwendung gebraucht alſo Marcellus denſelben entſcheidenden Ausdruck, der in den allgemeinen Ausſprüchen des Ulpian vorkommt (§ 296).

(h) *L.* 24 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Wird einer perſönlichen Klage die Einrede der Compenſation entgegengeſetzt, und dieſe deswegen verworfen, weil der Richter die Gegenforderung als unbegründet anſieht, ſo könnte ſpäterhin dieſe Gegenforderung als ſelbſtſtändige Klage geltend gemacht werden. Dann aber würde die Einrede der Rechtskraft dieſe Klage ausſchließen müſſen, weil der frühere Richter das Daſeyn der Gegenforderung rechtskräftig verneint hat (i).

In den beiden zuletzt angeführten Fällen konnte nicht blos die Verſchiedenheit der Parteirolle einen Zweifel an der Anwendbarkeit jener Einrede erregen, ſondern auch die ungleichnamige Klage, die dem erſten und zweiten Rechtsſtreit zum Grunde liegt. Da nun auch dieſer Umſtand kein Hinderniß für die Anwendbarkeit iſt, ſo liegt darin eine unzweifelhafte Beſtätigung der im Anfang dieſes Paragraphen aufgeſtellten Regel.

Einen Zweifel an der Richtigkeit der hier aufgeſtellten Regel könnte man aus der Äußerung des Paulus über folgenden Rechtsfall herleiten (k). Der Verkäufer einer fremden Sache erwirbt ſpäter das Eigenthum, und vindicirt nun gegen den Käufer; dieſer kann ſich gegen die Klage ſchützen durch eine exceptio doli (oder rei venditae et traditae). Er kann auch den Gebrauch der Einrede unterlaſſen, und hinterher mit der actio emti das Intereſſe, oder

(i) *L.* 8 § 2 *de neg. gestis* (3. 5), *L.* 7 § 1 *de compens.* (16. 2), *L.* 1 § 4 *de contr. tut.* (27. 4). — Vgl. oben § 291. d.

(k) *L.* 18 *de evict.* (21. 2), verbunden mit *L.* 17 *eod.*

mit der Stipulationsklage den verſprochenen doppelten Kaufpreis einklagen; dieſes Alles iſt durch unzweifelhafte Rechtsregeln beſtätigt. Paulus aber ſetzt hinzu, dieſe Klagen würden ihm ſelbſt dann zuſtehen, wenn er die Einrede gebraucht hätte, aber ohne Erfolg (etsi . . opposita ea nihilominus evictus sit), d. h. wenn die Einrede verworfen worden, oder unbeachtet geblieben wäre. Dieſes würde im Widerſpruch ſtehen mit unſrer Regel, wenn der Richter ausgeſprochen hätte, der frühere Verkauf, als Grund der Einrede, ſey nicht wahr. Dieſes anzunehmen, liegt aber in der Stelle kein nothwendiger Grund. Der Fall kann vielmehr auch ſo gedacht werden, daß der Richter die Einrede aus Verſehen unbeachtet ließ, oder daß er die Rechtsregel verkannte, worauf die Einrede beruht, indem er etwa die Vindication des früheren Verkäufers irrigerweiſe nicht als eine doloſe Zuwiderhandlung gegen den eigenen Vertrag anſah (l).

§. 298.

Einrede der Rechtskraft. Dieſelbe Rechtsfrage. Legitimationspunkt.

3. Entſcheidung über den Legitimationspunkt.

(l) Allerdings iſt auch die Leſeart zweifelhaft, indem bei den Worten: vel ex emto, Haloander bemerkt: alias desunt. Allein wenn man auch dieſe Worte wegdenkt, ſo wird dadurch die im Text erwähnte Schwierigkeit nicht beſeitigt. Die rechtskräftige Verneinung des früheren Kaufvertrags hätte die (durch dieſen Vertrag bedingte) Stipulationsklage eben ſowohl ausgeſchloſſen, als die actio emti.

Die Verſchiedenheit zwiſchen dem erſten und zweiten Rechtsſtreit kann ferner darin beſtehen, daß die Rechtsfrage, die in dem einen Rechtsſtreit unmittelbar Gegenſtand des Streites und der Entſcheidung war, in dem anderen blos als eine Bedingung erſchien, ohne welche der Kläger ſeinen eigentlichen Anſpruch nicht geltend machen konnte. Auch dieſe Verſchiedenheit ſoll die Anwendung der Einrede nicht hindern können (a).

Folgende Beiſpiele mögen vorläufig zur Erläuterung dieſer Regel dienen. Wenn der mit einer Erbrechtsklage abgewieſene Kläger gegen den früheren Beklagten die Eigenthumsklage auf eine zu dieſer Erbſchaft gehörende Sache anſtellt, ſo ſteht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, obgleich in dem zweiten Rechtsſtreit das abgeſprochene Erbrecht nicht Gegenſtand des Streites iſt, wohl aber eine Bedingung für das behauptete Daſeyn des Eigenthums, welche alſo zur Legitimation des Klägers gehört. — Eben ſo auch umgekehrt. Wenn jener Kläger die Eigenthumsklage zuerſt anſtellt, und durch die Beerbung des früheren Eigenthümers zu begründen verſucht, vom Richter aber abgewieſen wird, weil dieſer die Beerbung (als legitimatio ad causam) verneint, ſo könnte derſelbe

(a) Ich erwähne hier blos die Legitimation des Klägers (die Activlegitimation), von welcher auch Andere bei dieſer Gelegenheit ausſchließend zu reden pflegen. Allerdings könnten auch Fälle der Paſſivlegitimation in Betracht kommen; allein theils iſt dieſe überhaupt nicht oft Gegenſtand eines Rechtsſtreites, theils wird ſie noch weit ſeltener ſo vorkommen, daß daraus ſpäter eine Einrede der Rechtskraft entſpringen könnte.

Kläger nunmehr die Erbrechtsklage gegen den früheren Beklagten anstellen wollen; dabei aber würde ihm die Einrede der Rechtskraft eben so entgegen stehen, wie in dem zuerst aufgestellten, umgekehrten Fall (b).

Diese praktisch sehr wichtige Regel steht in augenscheinlichem Zusammenhang mit der oben vorgetragenen Lehre von der Rechtskraft der Gründe, mit welcher sie nothwendig steht und fällt. Die Wahrheit derselben ist auch schon von heutigen Schriftstellern anerkannt, und sehr richtig auf den Grundsatz der eadem quaestio zurückgeführt worden (c). Ein Schriftsteller der neuesten Zeit hat sie gleichfalls für das heutige Recht sehr klar und befriedigend durchgeführt (d). Aber in folgerechtem Zusammenhang mit seiner, schon oben gerügten, irrigen Auffassung der Rechtskraft der Gründe, hat derselbe Schriftsteller behauptet, dem Römischen Recht sey diese Behandlung des Legitimationspunktes völlig fremd (e). Da also diese wichtige Frage, und zwar nicht ohne einigen Schein, in Zweifel gezogen worden ist, so ist eine erschöpfende Behandlung derselben vorzugsweise nöthig. Ich werde zuerst die einzelnen Aussprüche des Römischen Rechts zusammen stellen, worin jene Regel, wie ich glaube, unzweifelhaft anerkannt

(b) In diesen beiden Fällen könnte noch der andere Zweifel entstehen, ob etwa deswegen die Einrede unanwendbar wäre, weil es zwei Klagen von verschiedener Natur und Benennung seyen. Davon ist jedoch schon oben § 297 Num. 1 gehandelt worden.

(c) Keller S. 272—275.

(d) Buchka B. 2 S. 187—190.

(e) Buchka B. 1 S. 299—301. Vgl. oben § 293. l.

wird, dann aber die Scheingründe zu beſeitigen ſuchen, die man derſelben neuerlich entgegengeſtellt hat.

a. Die beiden, ſchon oben als Beiſpiele angeführten, Fälle von der Erbrechtsklage und Eigenthumsklage werden von Ulpian nicht nur genau ſo, wie es hier geſchehen, entſchieden, ſondern auch in unmittelbare Verbindung mit der eadem quaestio geſetzt, aus welcher die Entſcheidung abgeleitet wird.

L. 3 *de exc. r. jud.* (44. 2). Julianus lib. 3 Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: *et ideo, etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur* (f).

L. 7 § 4 *eod.* Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere

(f) Es würde ganz unrichtig ſeyn, dieſe und die folgende Stelle ſo erklären zu wollen, als wäre in beiden Prozeſſen die hereditatis petitio angeſtellt, einmal auf die ganze Erbſchaft, das anderemal auf einzelne Erbſchaftsſachen. Singulas res petere und singularum rerum petitio iſt vielmehr ſtets die eigenthümliche Bezeichnung der Eigenthumsklage, alſo ganz gleichbedeutend mit specialis in rem actio. Vgl. § 2 *J. de off. jud.* (4. 17), *L.* 1 *pr.* § 1 *de rei vind.* (6. 1). Auch würden ſonſt dieſe Fälle nicht als erläuternde Beiſpiele zu den Worten: vel alio genere judicii paſſen, wozu ſie doch in der zweiten Stelle zugleich dienen ſollen. — Allerdings muß man in beiden Stellen hinzudenken, daß die Eigenthumsklage auf die angebliche Beerbung des früheren Eigenthümers gegründet wurde. Ulpian ſagt dieſes freilich nicht, aber er deutet es durch die Verbindung mit der eadem quaestio ſo unverkennbar an, daß hierüber kein Zweifel bleiben kann.

judicii. *Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

b. Ein ganz ähnlicher Fall ist der, wenn eine Schuldklage von dem angeblichen Erben des ursprünglichen Gläubigers angestellt, und wegen des fehlenden Erbrechts abgewiesen, dann aber gegen dieselbe Person die Erbrechtsklage angestellt wird; eben so auch, wenn umgekehrt zuerst die Erbrechtsklage abgewiesen, dann die Schuldklage angestellt wird. In beiden Fällen soll gleichfalls die Einrede der Rechtskraft Anwendung finden. Diesen Ausspruch knüpft Ulpian unmittelbar an den vorhergehenden an, welcher die Eigenthumsklage zum Gegenstand hatte; auch ist die völlige Gleichartigkeit beider Aussprüche ganz unverkennbar (g). Hier aber fügt Ulpian folgenden Grund hinzu: Nam cum hereditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur *in petitionem deduci*. Dieser Ausdruck deutet allerdings auf den Grundsatz der Consumtion, also auf die Einrede der Rechtskraft in ihrer negativen Function, und daraus hat der eben angeführte Schriftsteller folgern wollen, daß Ulpian überhaupt nur hieran, und nicht (wie hier behauptet wird) an eine Rechtskraft des Ausspruchs über den Legitimations-

(g) *L.* 7 § 5 *de exc. r. jud.* (44. 2). Diese Stelle wird an den vorhergehenden, von der Eigenthumsklage handelnden, Paragraphen mit folgenden Worten angeknüpft: „*Idem erit probandum*, etsi quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat" rel.

punkt, gedacht habe; außerdem würde ihn der Vorwurf einer Verwechslung beider ganz verſchiedenen Grundſätze treffen (h). In dieſer Behauptung wird aber die wahre Lage der Sache völlig verkannt. Zu Ulpian's Zeit beſtanden beide Formen der Einrede der Rechtskraft in voller Geltung neben einander, und nur in den ſeltenen Fällen, worin dieſelben in Widerſtreit kamen, ſollte die neuere, vollkommnere Form den Vorzug erhalten (§ 282). Nun erwähnt Ulpian zuerſt den Fall der Eigenthumsklage, deſſen Entſcheidung er befriedigend aus dem Grundſatz der poſitiven Function (der eadem quaestio) rechtfertigt. Dann geht er zu dem Fall der Schuldklage über, und auch dabei hätte dieſelbe Rechtfertigung völlig ausgereicht. Er führt aber dieſen Fall auf den Grundſatz der negativen Function (der Conſumtion) zurück, der darauf gleichfalls anwendbar war und ganz zu derſelben Entſcheidung führte. Darin lag weder in der Sache ſelbſt ein Irrthum, noch eine Inconſequenz, oder eine Verwechslung verſchiedenartiger Grundſätze.

c. Wenn ein Miteigenthümer die Eigenthumsklage auf ſeinen Theil der Sache gegen den andern Miteigenthümer anſtellt, und damit abgewieſen wird, dann aber gegen den früheren Beklagten die a. communi dividundo wegen derſelben Sache anſtellt, ſo ſteht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil dieſe letzte Klage das Miteigenthum

(h) Buchka B. 1 S. 299—301. — Vgl. unten Beilage XVI. Note q.

(als Activlegitimation) vorausſetzt, welches aber in der erſten Klage rechtskräftig abgeſprochen iſt. — Ganz Daſſelbe gilt auch, wenn ein Miterbe zuerſt mit der Erbrechtsklage abgewieſen wird, und dann die a. familiae herciscundae gegen den früheren Beklagten anſtellt. Es iſt dabei gleichgültig, ob in der erſten Klage der Richter annahm, der Kläger ſey nicht Erbe, oder die eingeklagte Sache gehöre nicht zur Erbſchaft (i).

d. Im Römiſchen Prozeß kommt häufig eine exceptio praejudicialis vor, wodurch der Beklagte verlangen kann, daß die Sache ſo lange ausgeſetzt bleibe, bis über eine andere Sache entſchieden ſeyn wird. Dieſe gründet ſich großentheils darauf, daß außerdem über eine wichtigere Sache nebenher, und daher vielleicht nicht mit angemeſſener Sorgfalt, rechtskräftig entſchieden werden würde; ſie ſetzt alſo die rechtskräftige Entſcheidung des Legitimationspunktes geradezu voraus (k). — Dahin gehört z. B. folgender Fall. Zwiſchen A. und B. iſt Streit über das Eigenthum des fundus Titianus. Außerdem macht A. Anſpruch auf eine Wegeſervitut über das unbeſtrittene Grundſtück des B., um zu jenem ſtreitigen Grundſtück zu gelangen. Hier kann B. die Ausſetzung der confeſſoriſchen Klage bis zur

(i) Dieſe verſchiedenen Fälle kommen vor in folgenden Stellen: *L.* 8, *L.* 11 § 3 *de exc. r. jud.* (44. 2) und *L.* 25 § 8 *fam. herc.* (10. 2). Die Schwierigkeiten, welche die zuletzt angeführte Stelle darbietet, ſind vortrefflich beſeitigt von Keller S. 364—366.

(k) Die Zulaſſung dieſer Einrede war übrigens von einem ſehr freien richterlichen Ermeſſen abhängig. Vgl. *L.* 7 § 1 *de her. pet.* (5. 3).

abgeſonderten Entſcheidung der Eigenthumsklage wegen des fundus Titianus verlangen. Der Grund wird dahin angegeben: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, *quam prius probaverim, fundum Titianum meum esse* (l). Die durch die Einrede abzuwendende Gefahr lag alſo lediglich darin, daß bei Gelegenheit der confeſſoriſchen Klage über die weit wichtigere Frage des Grundeigenthums, als bloßen Legitimationspunkt, und dennoch rechtskräftig entſchieden werden würde. — Ganz eben ſo verhält es ſich bei den im Anfang dieſes Paragraphen erwähnten Fällen einer Eigenthumsklage und einer darauf folgenden Erbrechtsklage. Auch in dieſen Fällen hätte der Beklagte verlangen können, daß zuvor eine abgeſonderte Erbrechtsklage angeſtellt und entſchieden würde (m). Da er Dieſes unterließ, ſo war nun durch die Entſcheidung

(l) *L.* 16 *de except.* (44. 1). — Die unmittelbar darauf folgende Stelle (*L.* 17 *eod.*) geht in der That auf die exc. rei jud., nicht auf die exc. praejudicii, ſteht alſo nicht in innerem Zuſammenhang mit der vorhergehenden. Sie ſetzt aber auch gar nicht eine Abweiſung voraus, und iſt daher im Sinn ihres Verfaſſers auf die negative Function der Einrede (die Conſumtion der Klage) zu beziehen. Aber ſelbſt wenn man ſie, im Sinn des Juſtinianiſchen Rechts, auf die poſitive Function umdeuten wollte, würde ſie doch keinen Zweifel gegen anderwärts begründete Rechtsregeln erregen können. Denn die confeſſoriſche Klage konnte abgewieſen ſeyn, weil der Richter die Errichtung einer Servitut verneinte, nicht gerade, weil er das Grundeigenthum des Klägers in Abrede ſtellte. Daher iſt die Erklärung bei Buchka I. 303 zu verwerfen.

(m) *L.* 13 *de except.* (44. 1), worin ausgeſprochen iſt, daß durch die exceptio praejudicialis die Eigenthumsklage einſtweilen ausgeſchloſſen wird, ſo lange die Erbrechtsklage noch nicht angeſtellt iſt.

über den Legitimationspunkt das Erbrecht des Klägers rechtskräftig verneint (n).

Es ſind nun noch die Scheingründe zu beſeitigen, wodurch neuerlich verſucht worden iſt, die Rechtskraft der Entſcheidung über den Legitimationspunkt aus Stellen des Römiſchen Rechts zu widerlegen.

Wenn Alimente gefordert werden auf den Grund der Verwandtſchaft oder des Patronats, der Beklagte aber dieſen Grund beſtreitet, ſo ſoll der Richter, ehe er über die Alimente entſcheidet, das Daſeyn der Verwandtſchaft oder des Patronats prüfen, jedoch nur obenhin (summatim); auch wird ausdrücklich hinzugefügt, die richterliche Gewährung oder Abweiſung der Alimente ſolle keinen Einfluß haben auf den möglichen künftigen Rechtsſtreit über die Verwandtſchaft (o). — Die Abſicht ging alſo dahin, daß bei offenbar ungegründeter Verwandtſchaft die Alimente verweigert, außerdem aber einſtweilen zugeſprochen werden ſollten. Dieſe Vorſchrift nun ſoll als Beweis gelten, daß die Römer der Entſcheidung über den Legitimationspunkt überhaupt keine Rechtskraft zugeſchrieben hätten (p). Allein gegen eine ſolche Folgerung hätte ſchon die Vorſchrift

(n) Vgl. die oben abgedruckten Stellen: *L.* 3, *L.* 7 § 4 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Daſſelbe gilt auch, wenn bei ſtreitigem Grundeigenthum eine actio communi dividundo, oder eine Condiction wegen der Früchte angeſtellt werden ſollte; auch Das kann durch die exc. praejud. abgewendet werden. *L.* 18 *de except.* (44. 1).

(o) *L.* 5 § 8. 9. 18 *de agnosc.* (25. 3), *L.* 10 *de his qui sui* (1. 6).

(p) Buchka B. 1 S. 305.

mißtrauiſch machen müſſen, daß der Richter nur summatim prüfen ſolle, wovon die natürliche Folge iſt, daß eine ſolche Prüfung auf den Erfolg des ſpäteren Rechtsſtreits keinen Einfluß haben durfte. Auch iſt es nicht ſchwer, den Grund dieſer beſonderen Vorſchrift und ihrer Folge in der ganz eigenthümlichen Natur der Alimentenforderung zu entdecken. Bei dieſer kommt es darauf an, dem dringenden perſönlichen Bedürfniß ſchnell abzuhelfen, und dem unwiederbringlichen Nachtheil vorzubeugen, der aus dem Mangel an Unterhalt entſtehen kann. Es würde daher ganz willkührlich ſeyn, aus dieſer höchſt eigenthümlichen Vorſchrift irgend eine Folgerung für die allgemeine Behandlung des Legitimationspunktes zu ziehen. Vielmehr iſt in dieſem beſonderen Fall anzunehmen, daß der Richter, der die Alimente zuſpricht, damit noch gar keine beſtimmte Ueberzeugung von dem wirklichen Daſeyn einer Verwandtſchaft habe ausſprechen wollen.

Ein ähnlicher, aber noch weniger ſcheinbarer Einwurf iſt aus folgender Vorſchrift des Römiſchen Rechts entnommen worden. Wenn ein rechtskräftig verurtheilter Schuldner dem Urtheil nicht Folge leiſtet, ſo wird bekanntlich die Exekution dadurch bewirkt, daß die richterliche Obrigkeit Sachen des Verurtheilten abpfänden, und zur Befriedigung des Gläubigers verkaufen läßt (q). Wenn nun bei dieſem Verfahren eine dritte Perſon auftritt, welche

(q) Pignus in causa judicati captum.

das Eigenthum einer abgepfändeten Sache für ſich in Anſpruch nimmt, ſo ſoll dieſer neue Anſpruch obenhin (summatim) geprüft werden. Wird derſelbe offenbar ungegründet befunden, ſo wird das eingeſchlagene Verfahren fortgeſetzt; bleibt die Frage zweifelhaft, ſo ſoll die Pfändung an dieſer ſtreitigen Sache aufgegeben, und an deren Stelle eine andere, unſtreitige Sache geſetzt werden. In keinem Fall aber ſoll dieſe richterliche Verfügung auf die künftige Entſcheidung über das Eigenthum jener ſtreitigen Sache irgend einen Einfluß haben (r). Dieſe letzte Beſtimmung nun wird wieder als Beweis geltend gemacht, daß die Römer der Entſcheidung über den Legitimationspunkt niemals die Rechtskraft beigelegt hätten (s). Allein in dem hier vorausgeſetzten Fall war ja über das Eigenthum der abgepfändeten Sache noch gar kein eigentlicher Rechtsſtreit unter den betheiligten Parteien geführt worden. Der Richter hatte von Anfang an völlig freie Wahl, welche Sachen des ungehorſamen Schuldners er pfänden wollte. Hatte er gewählt, und entſtanden Zweifel über das Eigen-

(r) *L.* 15 § 4 *de re jud.* (42. 1) „. . ipsos, qui rem judicatam exseqnnntur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint, ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exseqnentur. Sed sciendum est, *summatim* eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte dimittendam eam rem pntaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est . . . Sed illnd debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si qnod est sine controversia."

(s) Buchka B. 1 S. 308.

thum der gewählten Sache, ſo konnte er die Wahl ändern, und zu dieſem willkührlichen Entſchluß reichte ſchon der bloße Zweifel hin. Welchen Entſchluß alſo auch der Richter faſſen mochte, ſo lag darin niemals der Ausdruck einer gewonnenen Ueberzeugung von dem Eigenthum oder Nichteigenthum irgend einer beſtimmten Perſon. Es lag alſo darin nicht die Entſcheidung über einen ſtreitigen Legitimationspunkt, und dieſe Vorſchrift kann daher auch nicht benutzt werden, um daraus irgend eine Folgerung zu ziehen für die Römiſche Anſicht über die Rechtskraft der, den Legitimationspunkt betreffenden, richterlichen Entſcheidung.

Endlich wird noch als ein Einwurf gegen die hier vertheidigte Lehre ein einzelnes Reſcript des K. Severus (t) geltend gemacht, zu deſſen vollſtändiger Erklärung eine etwas ausführliche Vorbereitung nöthig iſt. Wenn in einer Provinz ein Rechtsſtreit über die Standesverhältniſſe einer Perſon (Freiheit, Verwandtſchaft u. ſ. w.) geführt wurde, ſo ſollte der Präſes in eigener Perſon, ohne Judex, entſcheiden, anſtatt daß über alle anderen Sachen, namentlich über Erbrechtsklagen, ein von ihm niedergeſetzter Judex zu entſcheiden hatte. Nun war ein Mann geſtorben und hatte ein Teſtament hinterlaſſen; der Teſtamentserbe war im Beſitz der Erbſchaft. Die Vormünder eines Unmündigen aber behaupteten, dieſer ſey ein nachgeborner Sohn des Erblaſſers, und durch deſſen Geburt ſey das Teſtament ver-

(t) *L.* 1 *C. de ord. cogn.* (3. 8). Buchta B. 1 S. 301. 302.

nichtet worden. Sie fragten bei dem Kaiser an, ob sie unmittelbar die Erbrechtsklage vor einem Judex anstellen könnten, der dann zugleich die Vorfrage wegen der rechtskräftigen Geburt untersuchen würde. Das Rescript geht dahin, daß dieser Weg zulässig sey. Denn obgleich der Judex nicht befugt gewesen wäre, über das Familienverhältniß, als Gegenstand einer selbstständigen Klage (u), ein Urtheil zu sprechen, so könne er doch bei Gelegenheit der Erbrechtsklage auch das Familienverhältniß (als Legitimationspunkt) feststellen, indem das Urtheil wörtlich immer nur auf das Erbrecht gerichtet seyn würde. — Dieses ist der Inhalt folgender Stelle:

> *L.* 1 *C. de ord. cogn.* (3. 8) Adite praesidem provinciae, et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit (v). Per-

(u) Man könnte glauben, die Vormünder hätten zuerst in einer besonderen Klage, vor dem Präses selbst, das Familienverhältniß zur Anerkennung bringen müssen. Allein nicht nur wäre Dieses eine unnütze Weitläufigkeit gewesen, sondern es kommt auch überhaupt eine besondere Klage auf Anerkennung der Agnation gegen einen Nichtverwandten (den fremden Testamentserben) nicht vor. — Bethmann-Hollweg Versuche S. 125, nimmt an, der Beklagte habe in diesem Fall durch eine exceptio praejudicii die abgesonderte Entscheidung über das Familienverhältniß erzwingen können, und blos, weil er Dieses unterließ, sey dem Richter über die Erbrechtsklage auch die Entscheidung über die Agnation anheimgefallen.

(v) In diesen Worten liegt die eigentliche Schwierigkeit der Stelle. Die gewöhnliche Erklärung aller älteren Schriftsteller geht dahin, der Präses habe überhaupt keine Befugniß gehabt, über eine Klage

tinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat (w).

Nun wird behauptet, weil nach den Schlußworten der Richter nicht über das Familienverhältniß entſcheide, ſo werde auch hierin ſeine Annahme nicht rechtskräftig. In dieſer Behauptung liegt aber ein offenbarer Zirkel. Jene Worte ſprechen nur von dem wörtlichen Inhalt des richterlichen Ausſpruchs, der ſtets mit der angebrachten Klage im Zuſammenhang ſteht. Die Streitfrage iſt aber gerade die, ob noch irgend Etwas, und wie Viel, außer jenem

de statu zu erkennen, und zu dieſer Erklärung neigte ſich Anfangs auch Cujacius hin. (Merill. variant. ex Cuj. II. 1). Dieſe Vorausſetzung aber wird durch mehrere Stellen widerlegt, am beſtimmteſten durch *L.* 7 *C. ne de statu defunct.* (7. 21). Daher muß die hier bemerkte Unfähigkeit nicht auf den Präſes ſelbſt, ſondern auf den von ihm über die Erbrechtsklage niedergeſetzten Judex bezogen werden, deſſen wörtliche Erwähnung vielleicht nur in dem für den Codex aus dem ganzen Reſcript gemachten Auszug ausgefallen iſt. Eine Beſtätigung dieſer Annahme liegt in den gleich darauf folgenden Worten: Pertinet enim ad *officium judicis*, qui de hereditate cognoscit. Dieſe Erklärung findet ſich bei Hotomanus obs. VI. 6, Cujac. recit. in Dig., L. 74 de re jud., L. 5. de her. pet. (Opp. T. 7 p. 165. 220), Giphan. explan. Codicis, L. 1 de ord. jud. p. 152.

(w) Weſentlich übereinſtimmend mit der angeführten Stelle iſt auch noch folgende. *L.* 3 *C. de jud.* (3. 1). Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibit, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. — Alioquin heißt: wenn die causa status Gegenſtand einer eigenen, ſelbſtſtändigen Klage geweſen wäre. — Disceptatio terminetur deutet offenbar auf eine definitive, für immer wirkſame Feſtſtellung.

wörtlichen Inhalt, rechtskräftig werde. Dieſe Frage wird in der angeführten Stelle weder bejaht noch verneint, und ſie kann nur theils aus allgemeinen Grundſätzen (über die Rechtskraft der Gründe), theils aus den oben angeführten unzweifelhaften Stellen des Ulpian entſchieden werden. — So iſt denn auch der Inhalt der hier angeführten Stelle ſchon längſt von mehreren der bewährteſten Ausleger aufgefaßt worden, welche gleichfalls annehmen, daß in jenem Ausſpruch des Richters auch das als Incidentfrage vorgebrachte Familienverhältniß völlig und für immer feſtgeſtellt ſey (x).

§. 299.

Einrede der Rechtskraft. Dieſelbe Rechtsfrage. Äußerer und juriſtiſcher Gegenſtand der Klage.

4. Verſchiedenheit des äußeren Gegenſtandes in beiden Klagen.

Auch dieſe Verſchiedenheit iſt nicht nothwendig ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede, indem es auch in dieſer Hinſicht lediglich darauf ankommt, zu unterſuchen, ob dieſelbe Rechtsfrage in beiden Klagen vorhanden iſt oder nicht.

(x) Cujacius l. c. p. 220. „Ceterum si pronuntietur, hereditatem esse actoris, *tacite etiam videbitur pronuntiatum de ejus libertate.*“ — Giphanius l. c. p. 156. „Ut scilicet, dum de principali causa *pronuntiatur, simul et per consequentiam ac tacite de causa status dijudicetur, non vero, ut simul, aut etiam separatim de utraque causa nominatim pronuntietur.*“

Wenn daher einige Stellen des Römiſchen Rechts mit ſcheinbarer Allgemeinheit ſagen, die Einrede ſey nur anwendbar, inſofern der Gegenſtand beider Klagen ein und derſelbe ſey (a), ſo iſt Dieſes von den allerdings gewöhnlichſten Fällen zu verſtehen, in welchen die Verſchiedenheit der Gegenſtände zugleich mit ganz verſchiedenen Rechtsfragen verbunden iſt. Iſt alſo die Eigenthumsklage über ein Haus abgewieſen, ſo wird aus dieſem Urtheil bei dem künftigen Rechtsſtreit über das Eigenthum eines Landgutes eine Einrede in der Regel nicht abgeleitet werden können.

Dagegen giebt es in der That viele und wichtige Fälle, worin die Verſchiedenheit in den äußeren Gegenſtänden beider Klagen die Anwendbarkeit der Einrede auf die ſpätere Klage nicht hindert. In dieſen Fällen wird die Anwendbarkeit gerechtfertigt durch das allgemeine Verhältniß eines Ganzen zu ſeinen Theilen. Indem nämlich jeder Theil in dem Ganzen enthalten iſt, wird ſehr häufig ein Ausſpruch über das Ganze zugleich den Aus-

(a) *L.* 12. 13 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Cum quaeritur, haec exceptio noceat, nec ne, inspiciendum est, *an idem corpus sit.* — *Quantitas eadem, idem jus.*“ — Die erſte der hier in den Digeſten zuſammengefügten Stellen iſt von Paulus, die zweite von Ulpian. — Es werden dabei noch die billigen Zuſätze gemacht, daß die bleibende Einheit des Gegenſtandes nicht geſtört werde durch die natürlichen Veränderungen in dem Umfang einer Sache; eben ſo auch, wenn von dem Eigenthum einer Heerde die Rede ſey, nicht dadurch, daß einzelne Thiere dazu kommen, oder davon ausſcheiden. *L.* 14 *pr. L.* 21 § 1 *eod.*

spruch über jeden Theil dieses Ganzen in sich schließen. Dadurch wird dann die Verschiedenheit der Gegenstände beider Klagen in bloßen Schein aufgelöst seyn, und als wesentliche Gleichheit anerkannt werden müssen. Durch diese abstracte Auffassung der Frage soll jedoch blos vorläufig der Gesichtspunkt für dieselbe angedeutet seyn. Erst durch die Anwendung auf die einzelnen dahin gehörenden Fälle kann dafür Anschaulichkeit, Überzeugung, und zugleich richtige Begränzung gewonnen werden.

a. Der wichtigste Fall dieser Art betrifft die Erbrechtsklage, welche ein ganzes Vermögen als solches zum eigentlichen Gegenstand hat, aber durch den zufälligen Besitz des Beklagten an einem einzelnen Stück der Erbschaft veranlaßt seyn kann. Ist nun die auf ein Haus des Erblassers angestellte Erbrechtsklage abgewiesen, und wird nachher gegen denselben Beklagten wegen eines Landgutes des Erblassers dieselbe Klage angestellt, so steht ihr die Einrede der Rechtskraft entgegen, obgleich in beiden Klagen der äußere Gegenstand völlig verschieden ist. Denn die entscheidende Rechtsfrage betrifft in beiden Klagen das Daseyn des Erbrechts; wird nun dieses Daseyn in der ersten Klage verneint, so bindet diese Verneinung auch den Richter, der über die zweite Klage zu entscheiden hat (b).

(b) Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß die erste Klage deswegen abgewiesen wurde, weil der Richter annahm, der Kläger sey nicht Erbe. Gründete sich die Abweisung darauf, daß die Eigenschaft des Hauses als eines Stückes der Erbschaft, oder daß der Besitz des Beklagten verneint wurde, so kann daraus eine Ein-

Dieſelbe Frage kann auch in folgender verwickelteren Geſtalt vorkommen, worin ſie im Römiſchen Recht ausdrücklich erwähnt und entſchieden worden iſt (c). A. und B. machen Anſpruch auf die ganze Erbſchaft des verſtorbenen C. — A. beſitzt aus dieſer Erbſchaft ein Haus, B. ein Landgut. — A. klagt mit der Erbrechtsklage wegen des Landgutes, und B. wird verurtheilt. — Wenn nunmehr B. gegen A. wegen des Hauſes die Erbrechtsklage anſtellen will, ſo ſteht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil aus der früheren Verurtheilung nothwendig folgt, daß er kein Erbrecht hat (d).

b. Dieſelbe Regel kann aber auch zur Anwendung kommen, wenn irgend ein einzelnes Vermögensſtück (ſey es ein dingliches Recht oder eine Schuldforderung) eingeklagt, die Sache abgewieſen, und dann für einen Theil jenes Vermögensſtücks wiederholt wird. Die Abweiſung für das Ganze iſt auch entſcheidend für den einzelnen Theil, ſo daß hier die Regel zur Anwendung kommt: In toto et pars continetur (e).

Es verdient bemerkt zu werden, da es neuerlich bezweifelt worden iſt, daß dieſe Regel gleich wahr iſt für den älteren und neueren Standpunkt unſrer Einrede, obgleich

rede gegen die auf das Landgut gerichtete zweite Klage nicht abgeleitet werden.

(c) *L.* 15 *de dexc. r. jud.* (44. 2).

(d) Vgl. oben § 287. a.

(e) *L.* 113 *de R. J.* (50. 17). — Ähnliche Regeln, wie die hier für die Einrede der Rechtskraft aufgeſtellte, gelten auch für die exc. pacti und jurisjurandi. *L.* 27 § 8 *de pactis* (2. 14), *L.* 7 *de jurej.* (12. 2).

für beide aus etwas verschiedenen Gründen (f). Nach dem Grundsatz der Consumtion ist die Regel wahr, weil die Eigenthumsklage auf ein Landgut nicht blos das ganze Gut, sondern auch jedes einzelne Stück desselben in judicium deducirt, also die Klage darauf consumirt. Nach dem Grundsatz der eadem quaestio (der positiven Function der Einrede) ist die Regel wahr, weil der Richter bei der auf ein Ganzes gerichteten Klage befugt ist, nicht nur dieses Ganze zuzusprechen, sondern auch jeden Theil desselben, wenn er darauf den Anspruch für begründet hält. Weist er also den Kläger überhaupt ab, so hat er damit in der That ausgesprochen, daß der Kläger auch keinen denkbaren Theil des Ganzen zu fordern habe (g). Mit diesem Ausspruch aber würde jede spätere Klage auf irgend einen Theil jenes Ganzen völlig im Widerspruch stehen.

Die so eben aufgestellte wichtige Regel wird in einer Stelle des Ulpian so erschöpfend behandelt, daß sich an

(f) Vgl. Wächter Erörterungen H. 3 S. 44, welcher die Behauptung von Vangerow widerlegt, daß dieser Satz nur aus dem Grundsatz der Consumtion gerechtfertigt werden könne.

(g) Vgl. oben § 286. 292. — Es ist wohl darauf zu achten, daß der hier aufgestellte Satz eben nur wahr ist für die Fälle, in welchen der Richter auch Das zusprechen konnte, worauf die zweite Klage gerichtet wird; außerdem ist die Einrede nicht anwendbar. Vgl. oben § 286. d. i. Wenn daher von mehreren Bestandtheilen eines Rechtsanspruchs nur einer eingeklagt wird, so wird die spätere Klage auf die übrigen Theile nicht nothwendig durch die Einrede ausgeschlossen, weil der Richter nicht Mehr zusprechen durfte, als der Kläger begehrte. Daraus sind folgende Stellen zu erklären, die daher mit der im Text aufgestellten Regel nicht im Widerspruch stehen: *L.* 20, *L.* 21 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 46 § 5 *de admin.* (26. 7), *L.* 2 *C. de jud.* (3. 1). Vgl. Keller S. 540.

den Inhalt dieſer Stelle die vielfachen Anwendungen der Regel am beſten werden anknüpfen laſſen.

L. 7 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet: nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est (h). Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio.

Ulpian ſagt, die Regel vom Ganzen und dem Theil komme in dreierlei Anwendungen vor. Zuerſt bei einem corpus und deſſen realen und idealen Theilen. Wird alſo die Eigenthumsklage auf ein Landgut abgewieſen, ſo darf dieſelbe nachher auch nicht auf ein abgegränztes Stück dieſes Gutes wiederholt werden (i), und eben ſo wenig auf das ideale Drittheil oder Viertheil deſſelben. — Zweitens bei einer quantitas. Wird alſo eine Schuldklage auf 100 abgewieſen, ſo darf dieſelbe ſpäter auch nicht auf 70 oder 30 erneuert werden, weil jede dieſer kleineren Summen in

(h) Nach dieſen Worten könnte man zweifeln, ob nicht vielleicht Ulpian dieſe Regel lediglich aus dem Grundſatz der Conſumtion ableiten wolle. Dieſer Zweifel verſchwindet dadurch, daß er ſchon wenige Zeilen nachher Alles auf den Grundſatz der eadem quaestio, alſo auf die poſitive Function, zurückführt. S. o. § 296. a.

(i) Dieſer Theil der Stelle wird auch noch beſtätigt in *L.* 26 § 1 *eod.*

dem früheren Urtheil mit abgesprochen worden ist. — Drittens bei einem jus. Wird daher die Klage auf den Nießbrauch eines Hauses abgewiesen, so darf dieselbe später auch nicht auf den Nießbrauch des halben Hauses erneuert werden. Eben so ist durch die Abweisung der Klage auf eine ganze Erbschaft auch die Wiederholung dieser Klage auf irgend einen idealen Theil dieser Erbschaft ausgeschlossen (k).

Als Ganzes im Verhältniß zu seinen Theilen, muß hier auch jedes eingeklagte Aggregat einzelner Sachen betrachtet werden, wenn die Klage abgewiesen, und nachher auf einzelne, in jenem Aggregat enthaltene, Sachen erneuert wird. Dahin gehören die Fälle, wenn zuerst zwei Sachen zugleich vindicirt werden, später (nachdem jene Klage abgewiesen worden) eine derselben (l). Ferner, wenn die Eigenthumsklage auf eine Heerde abgewiesen, und dann auf einzelne Thiere aus derselben Heerde wiederholt wird (m).

(k) Die abgewiesene Erbrechtsklage auf die Hälfte der Erbschaft schließt daher die spätere Wiederholung auf ein Sechstheil aus. *L.* 30 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Die von Donellus XXII. 5 § 10 zu dieser Stelle vorgeschlagene Emendation: partem *sextantem*, anstatt *sextantis*, scheint unnöthig, da auch ohne Änderung die Worte eben so erklärt werden können: pars sextantis für: quae in sextante consistit. — Von dieser Stelle wird übrigens noch unten die Rede seyn (§ 300).

(l) *L.* 7 *pr.*, *L.* 21 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(m) *L.* 21 § 1 *de exc. r. jud.* (44 2). Indem in diesen beiden Fällen schon die erste Klage auf alle Stücke zugleich gerichtet war, sind diese Fälle wesentlich verschieden von den, in der Note g. erwähnten Fällen. Ein Widerspruch ist also in diesen Stellen durchaus nicht vorhanden.

c. Der bisher abgehandelte Fall kann ferner in umgekehrter Weiſe eintreten, ſo daß zuerſt auf einen Theil geklagt, dieſe Klage aber abgewieſen, und ſpäter für das Ganze wiederholt wird. Es fragt ſich, ob auch hier die neue Klage durch die Einrede ausgeſchloſſen werde. Dieſe Frage wird von Einigen allgemein bejaht (n), von Anderen allgemein verneint (o); Beides mit Unrecht. Es fehlt hier an einem ſo durchgreifenden Grund, wie er in dem vorhergehenden, umgekehrten Fall anerkannt werden mußte, und es iſt daher in jedem einzelnen Fall beſonders zu unterſuchen, ob in der zweiten Klage dieſelbe Rechtsfrage, wie in der erſten, vorliegt, welcher Umſtand allein überall entſcheiden muß. Wenn z. B. die Eigenthumsklage auf ein abgegränztes Stück eines Landgutes angeſtellt und abgewieſen wird, ſo kann ſpäter jedes andere Stück eingeklagt werden, weil jedes Stück auch als ſelbſtſtändiger Gegenſtand eines beſonderen Eigenthums betrachtet werden kann. Wird daher die neue Klage auf das ganze Gut gerichtet, ſo iſt ſie für das früher eingeklagte Stück durch das vorige Urtheil allerdings ausgeſchloſſen, für die übrigen Stücke aber nicht. — Wenn dagegen die confeſſoriſche Klage auf das jus altius non tollendi von zehn Fuß Höhe abgewieſen, und nachher auf zwanzig Fuß Höhe erneuert wird, ſo ſteht ihr die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil die ausge-

(n) Faber in Cod. Lib. 7 T. 19 def. 5, beſonders not. 16.
(o) Toullier T. 10 § 153. 155. 156.

dehntere Servitut ohne die bereits abgesprochene beschränktere gar nicht ausgeübt werden kann (p).

d. Mit dem hier abgehandelten Verhältniß des Ganzen zu seinem Theil sind folgende Fragen nahe verwandt.

Wenn eine Zinsenklage abgewiesen, nachher aber eine andere Zinssumme, oder auch das Kapital eingeklagt wird, so fragt es sich, ob die Einrede der Rechtskraft auf die zweite Klage angewendet werden kann. Eben so, wenn die abgewiesene erste Klage auf Zahlung einer angeblich fälligen Rente (eines Kanon) gerichtet war, die zweite Klage einen anderen Posten derselben Rente, oder das Recht der Rente selbst, zum Gegenstand hat.

Auch bei dieser Frage kommt Alles darauf an, ob in beiden Klagen dieselbe Rechtsfrage zum Grunde liegt, oder nicht. Wurde also die erste Klage deswegen abgewiesen, weil der Richter annahm, es sey keine Kapitalschuld oder kein Recht auf eine Rente vorhanden, so ist die zweite Klage durch die Einrede ausgeschlossen. Anders, wenn sich die Abweisung darauf gründete, daß der eingeklagte einzelne Posten schon bezahlt, oder compensirt sey.

Ganz Dasselbe muß auch gelten, wenn der Beklagte zur Zahlung einer einzelnen Forderung von Zinsen oder Renten verurtheilt wurde, nachdem er das Recht auf Zinsen oder Renten überhaupt bestritten hatte. Durch jene Verurtheilung wird das Recht im Allgemeinen rechtskräftig festgestellt (q).

(p) *L.* 26 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2).

(q) Buchka hat auch hier wieder die Frage für das heutige Recht

Entſcheidungen des Römiſchen Rechts über die hier aufgeworfene Frage finden ſich nicht. Die Stellen, die man dafür anzuführen pflegt, berühren dieſelbe in der That nicht (r).

5. Verſchiedenheit des juriſtiſchen Gegenſtandes der beiden Klagen.

Dieſe Verſchiedenheit iſt gleichfalls kein nothwendiges Hinderniß für die Anwendung unſrer Einrede. Wenn daher mit der condictio furtiva der Erſatz einer geſtohlenen Sache gefordert wird, der Richter aber die Klage abweiſt, weil er das Daſeyn eines Diebſtahls verneint, ſo kann nachher auch keine actio furti auf Strafe wegen dieſes Diebſtahls angeſtellt werden; eben ſo verhält es ſich, wenn umgekehrt die actio furti zuerſt angeſtellt, und abgewieſen wird. Zwar iſt der juriſtiſche Gegenſtand beider Klagen (Erſatz und Strafe) völlig verſchieden. Wenn daher in

richtig beantwortet, für das Römiſche Recht irrigerweiſe das Gegentheil angenommen. B. 1 S. 307. 308, B. 2 S. 184. 191. — Einige irrige Entſcheidungen Preußiſcher Gerichte über dieſe Frage ſind ſchon oben angeführt worden. § 294 Note n. und r.

(r) *L.* 23 *de exc.r. jud.* (44. 2) ſpricht gar nicht von dem Fall einer abgewieſenen Zinſenklage, alſo von der Einrede in der poſitiven Function, ſondern verneint nur die Conſumtion der Kapitalklage durch die bloße Anſtellung der Zinſenklage. Dieſe Verneinung folgte nothwendig ſchon daraus, daß auf Kapital und Zinſen zwei ganz verſchiedene Obligationen und Klagen gerichtet waren (vgl. oben S. 126. 160). Keller S. 536. — Die *L.* 4 *C. depos.* (4. 34) iſt nach dem älteren Recht zu erklären aus der Conſumtion der einen untheilbaren Klage, nach dem neueren Recht aus der ſtillſchweigenden Verwerfung der nicht zugeſprochenen Verzugszinſen, die der Richter ſtets nach freiem Ermeſſen zuſprechen konnte (§ 286).

der ersten Klage der Kläger seinen Zweck erreicht hat, so kann dennoch die zweite Klage angestellt werden, so daß ihr der Grundsatz der Concurrenz nicht entgegen steht (s). Eben so ist die zweite Klage gewiß nicht ausgeschlossen durch Anwendung des Grundsatzes der Consumtion. Allein es ist unleugbar, daß beiden Klagen dieselbe Rechtsfrage zum Grunde liegt; wird also in der einen das Daseyn eines Diebstahls verneint, so muß diese Verneinung auch der anderen Klage entgegen stehen, da beide gleichmäßig durch die Thatsache eines begangenen Diebstahls bedingt sind (t). Ein ausdrückliches Zeugniß für diesen Satz ist nicht vorhanden. Er folgt aber unzweifelhaft aus dem allgemeinen Grundsatz, und er wird überdem dadurch bestätigt, daß er für die exceptio jurisjurandi ausdrücklich anerkannt wird (u), deren innere und wesentliche Verwandschaft mit der Einrede der Rechtskraft schon oben dargethan worden ist (§ 295).

§. 300.

Einrede der Rechtskraft. Dieselbe Rechtsfrage. Verschiedenheit des Erwerbsgrundes.

6. Eine Verschiedenheit kann endlich noch vorkommen in dem Erwerbsgrunde, woraus das in beiden Klagen verfolgte Recht abgeleitet wird (origo

(s) Vgl. oben B. 5 § 234. a.
(t) Keller S. 281. Anderer Meinung ist Buchka B. 1 S. 131.
(u) *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2).

actionis). Auch eine ſolche Verſchiedenheit iſt nicht allgemein ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede.

Über dieſe Frage enthält das Römiſche Recht ſo klare und beſtimmte Regeln, daß darüber wenig Streit und Zweifel entſtanden iſt; nur eine Ausnahme jener Regeln hat zu großen Streitigkeiten Anlaß gegeben.

Es wird in der Regel unterſchieden zwiſchen perſönlichen Klagen und Klagen in rem. Bei jenen iſt der Erwerbsgrund der Obligation Dasjenige, wodurch dieſe eine individuelle Natur erhält. Bei Eigenthum und Erbrecht dagegen kommt es nur auf die Natur des Rechts und deſſen Gegenſtand an, und es bleibt ein und daſſelbe Recht, ohne Unterſchied, aus welchem Grunde es entſtanden ſeyn möge. Wenn daher die auf ein Haus gerichtete Klage aus einem Kaufvertrag abgewieſen, dann aber eine Klage auf daſſelbe Haus aus einem Vermächtniß angeſtellt wird, ſo ſteht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, weil beiden Klagen völlig verſchiedene Obligationen, alſo auch verſchiedene Rechtsfragen, zum Grunde liegen. Wenn dagegen die Eigenthumsklage auf ein Haus aus dem Erwerb durch Tradition abgeleitet und nun abgewieſen wird, ſo kann ſie auch nicht dadurch erneuert werden, daß der Kläger etwa verſucht, das Eigenthum nunmehr auf Erſitzung zu gründen. Denn die Rechtsfrage iſt in beiden Klagen das Daſeyn des Eigenthums, und die möglichen Erwerbsgründe ſind nur die Mittel, wodurch der Kläger verſucht, den Richter von dieſem Daſeyn zu überzeugen;

wenn er über dieſe Mittel ſeine Meinung ändert (mutata opinio), ſo dürfen nicht deswegen beide Klagen als verſchiedene angeſehen werden. Eben ſo würde es ſich verhalten, wenn der angebliche Erbe eines Verſtorbenen mit der Erbrechtsklage aus einem Teſtament abgewieſen wird, und dann als Inteſtaterbe die Rechtsklage erneuert.

Die ſo unterſcheidende Regel iſt in folgenden Stellen ſehr klar und beſtimmt ausgeſprochen (a):

L. 14 § 2 *de exc. r. jud.* (44. 2). (Paulus).
Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur: neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest: saepius autem deberi potest,

L. 11 § 5 *eod.* (Ulpianus).
Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatnr ex causa hereditaria, se dominium habere: mntavit opinionem, et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam: nam qualecumque et undecumque

(a) Parallelſtellen: *L.* 159 *de R. J.* (50. 17), *L.* 3 § 4 *de adqu. vel am. poss.* (41. 2). — Sehr gut handelt von dieſer Frage Keller § 35.

dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit.

Beide Hälften dieſer Regel ſollen nun noch in der Anwendung auf einzelne Fälle näher betrachtet werden.

Die Regel für die perſönlichen Klagen wird mit folgenden Anwendungen anerkannt. Wenn Jemand einen beſtimmten Sclaven aus einer Stipulation, außerdem aber auch aus einem Vermächtniß zu fordern hat, ſo ſind Dieſes zwei ganz verſchiedene, von einander unabhängige Rechte. Wird alſo die Klage auf das eine dieſer Rechte abgewieſen, ſo kann der ſpäteren Klage auf das andere Recht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegengeſetzt werden (b). — Eben ſo verhält es ſich, wenn Jemand Hundert zuerſt aus einem Darlehn einklagt, und dann, nachdem er mit jener Klage abgewieſen worden iſt, dieſelben Hundert aus einem Fideicommiß (c).

Neratius drückt die hier für die perſönlichen Klagen aufgeſtellte Regel ſo aus: der Einheit oder Verſchiedenheit beider Klagen beruhe auf der causa *proxima* actionis (d). Dieſe nähere Beſtimmung würde ſich etwa in folgender Anwendung wirkſam zeigen. Wenn der Miether eines Pferdes dieſes angeblich beſchädigt haben ſoll, ſo hat der Vermiether gegen ihn zwei verſchiedene Klagen, aus dem

(b) *L.* 18 *de obl. et act.* (44. 7), Gajus IV. § 55.

(c) *L.* 93 § 1 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 28 § 13. 14 *de lib. leg.* (34. 3).

(d) *L.* 27 *de exc. r. jud.* (44. 2). Die Erklärung, die Puchta von dieſem Ausdruck giebt (Rhein. Muſeum II. 252. 253), halte ich nicht für richtig.

Digitized by

Miethvertrag, und aus dem beſchädigten Eigenthum (a. L. Aquiliae). Wird daher die eine dieſer Klagen abgewieſen, ſo könnte man glauben, die andere ſey nicht ausgeſchloſſen, weil in dieſer das Recht aus einem anderen Entſtehungsgrunde abgeleitet werde. Allein die causa *proxima* actionis iſt die Beſchädigung. Wird dieſe rechtskräftig verneint, ſo iſt dieſe Verneinung auch für die zweite Klage entſcheidend. Die wahre Gränze für die Zuläſſigkeit der Einrede kann daher hier, wie überall, nur danach beurtheilt werden, ob in beiden Klagen dieſelbe Rechtsfrage zum Grunde liegt.

Der folgende, von Ulpian erzählte Rechtsfall hat unbegründete Zweifel an der allgemeinen Anerkennung der hier abgehandelten Regel veranlaßt. Ein Sclave hatte von ſeinem Herrn Auftrag zur Führung von zweierlei Geſchäften erhalten: zum Betrieb eines Oelhandels, und zur Aufnahme von Darlehnen. Ein Gläubiger hatte ihm ein Darlehen gegeben, indem er irrigerweiſe annahm, daß daſſelbe zum Oelhandel verwendet werden ſollte, und hatte nun gegen den Herrn die institoria actio wegen des Auftrags zu dieſem Handelsbetrieb angeſtellt. Nachdem er abgewieſen worden war, wollte er von Neuem klagen, indem er ſich darauf bezog, daß der Sclave auch zur Aufnahme von Darlehnen überhaupt ermächtigt war. Eigentlich, ſagt Ulpian, iſt die Klage conſumirt; dennoch muß ihm, nach Julian's (richtiger) Bemerkung, eine utilis actio geſtattet werden (e). — Der Grundſatz der Conſumtion führte hier

(e) *L.* 13 *pr. de instit. act.* (14. 3).

auf die Zulaſſung der Einrede, weil die zweite Klage, der Form nach, eine Wiederholung der früheren war. Allein nach der neueren Ausbildung der exceptio rei judicatae, d. h. nach dem Grundſatz der eadem quaestio, mußte die Einrede verworfen werden, weil der frühere Richter nur die Verwendung des Geldes zum Oelhandel verneint hatte, womit die gegenwärtige Annahme eines im Auftrag des Sclaven liegenden Darlehns nicht im Widerſpruch ſteht. In dieſer Entſcheidung liegt alſo nur eine der auch ſonſt vorkommenden Spuren, daß allmälig die neuere Geſtalt der exceptio rei judicatae, wo ſie mit der älteren in Widerſtreit kam, in den gerichtlichen Entſcheidungen vorgezogen wurde (f).

Die Regel für die Klagen *in rem* ging dahin, daß ungeachtet der Verſchiedenheit des Erwerbsgrundes, woraus der Kläger in beiden Klagen ſein Recht ableitet, die Einrede der Rechtskraft dennoch auf die ſpätere Klage anwendbar ſeyn ſoll. Die oben abgedruckten entſcheidenden Stellen reden allerdings zunächſt nur von der Eigenthumsklage und dem Erwerbe des Eigenthums; allein die erſte unter jenen Stellen ſpricht doch die Regel allgemein aus für alle actiones in rem, und es hat keinen Zweifel, daß der ganze Inhalt jener Stellen eben ſowohl auf die Erbrechtsklage,

(f) Keller S. 580. Kierulff S. 263. Vgl. oben § 282. — Die exceptio rei judicatae wurde in dieſem Fall ohne Zweifel durch eine doli replicatio entkräftet, und auf dieſem Wege wurde dem Kläger ein günſtiger Erfolg ſeiner Klage verſchafft („*utilem* ei actionem competere ait").

als auf die Eigenthumsklage, Anwendung findet. Eine Beſtätigung dieſer Behauptung findet ſich in einer Stelle des Paulus, die auf mancherlei Weiſe mißverſtanden worden iſt (g). In einem Teſtament war für ein Sechstheil des Vermögens zum Erben eingeſetzt worden ein Verwandter des Verſtorbenen, der als Inteſtaterbe auf die Hälfte der Erbſchaft Anſpruch gehabt haben würde. Dieſer klagte als Inteſtaterbe gegen einen gleichfalls eingeſetzten Beſitzer der Erbſchaft auf die Hälfte, indem er das Teſtament als ungültig anfocht; er wurde abgewieſen, und wollte nun als Teſtamentserbe gegen denſelben Beſitzer das ihm angewieſene Sechstheil einklagen. Paulus ſagt, dieſe zweite Klage ſey durch die Einrede der Rechtskraft ausgeſchloſſen. Darin liegt die Anerkennung, daß dieſe Einrede anwendbar iſt, auch wenn beide Erbrechtsklagen auf verſchiedenen Erwerbsgründen der Erbſchaft beruhen, die erſte auf der Verwandtſchaft, die zweite auf einem Teſtament.

Nur aus Mißverſtändniß iſt auf dieſe Regel eine Stelle des Ulpian bezogen worden, die hier genau erklärt werden muß, weil ſich an die irrige Auffaſſung derſelben manche bedenkliche Irrthümer angeknüpft haben (h). Es war ein Mann geſtorben und hatte ſowohl ein Teſtament für ſich ſelbſt, als ein Pupillarteſtament für ſeinen unmündigen

(g) *L.* 30 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Vgl. Keller S. 288. 289. — In anderer Beziehung iſt dieſe Stelle ſchon oben benutzt worden. § 299. k.

(h) *L.* 11 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Von dieſer Stelle handeln Keller S. 290. 580. Puchta Rhein. Muſeum II. 264. III. 483. Kierulff S. 261. 262.

Sohn hinterlaſſen. Bald darauf ſtarb auch der Sohn, und nun klagte deſſen Mutter als Inteſtaterbin aus dem Tertullianiſchen Senatusconſult gegen den Beſitzer der Erbſchaft, indem ſie behauptete, das Teſtament ihres Mannes ſey rumpirt, und dadurch zugleich das Pupillarteſtament ihres Sohnes ungültig geworden. Da ſich dieſe Behauptung als falſch erwies, ſo wurde ſie abgewieſen. Als aber nunmehr das Pupillarteſtament eröffnet wurde, fand ſich darin gar kein Subſtitut vor, und nun wollte die Mutter nochmals als Inteſtaterbin gegen denſelben Beſitzer klagen. Neratius ſagt, die Einrede der Rechtskraft ſtehe ihr entgegen, und auch Ulpian hält Dieſes an ſich für unzweifelhaft, giebt jedoch in den Schlußworten noch eine Aushülfe an, die den wichtigſten Theil der ganzen Stelle enthält. Ehe ich aber dieſe Schlußworte erkläre, will ich zuvor den Geſichtspunkt für den bisher dargelegten Gang des ganzen Rechtsfalls feſtzuſtellen ſuchen. Man hat die Sache ſo aufgefaßt, als hätte die Mutter zwei Erbrechtsklagen aus verſchiedenen Erwerbsgründen der Erbſchaft verſucht, wodurch dieſe Stelle in Verbindung mit der ſo eben abgehandelten Rechtsregel kommen würde; Dieſes iſt jedoch offenbar nicht richtig; vielmehr war die erſte, wie die zweite Klage eine und dieſelbe hereditatis intestati petitio, nur mit verſchiedenen vorgebrachten Rechtfertigungsgründen (i). Der erſte Rechtsſtreit war aber ſchlecht geführt

(i) Die Schlußworte der Stelle: quae unam tantum causam egit rupti testamenti, entſcheiden für keine dieſer beiden, an ſich

und ſchlecht entſchieden worden. Die Klägerin, die einen an ſich ganz unzweifelhaften Inteſtaterbanſpruch hatte, durfte gar nicht abgewieſen werden, bevor das Pupillarteſtament eröffnet war (k). — Ich komme nun zu den Schlußworten der Stelle, worin Ulpian folgende Aushülfe in Ausſicht ſtellt: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti. Dieſe Worte pflegen ſo aufgefaßt zu werden, daß es hart und unbillig ſeyn würde, wenn die vorige Klägerin wegen ihrer unvorſichtigen Prozeßführung leiden ſollte; daher müſſe ſie Reſtitution gegen die Rechtskraft erhalten. Natürlich zeigt man ſich nun geneigt, eine ſolche Reſtitution überall eintreten zu laſſen, wo die Einrede der Rechtskraft einem Kläger beſondere Nachtheile droht. — Dieſe Lehre mag milde und billig ſcheinen; aber es iſt unleugbar, daß damit der ganze Gewinn aus dem Grundſatz der Rechtskraft, die ganze damit verbundene Rechtsſicherheit, ſo gut als vernichtet ſeyn würde. Alles wäre in der That der unbeſchränkten Willkühr des Richters überlaſſen, und es iſt gar nicht denkbar, daß Ulpian ganz vorübergehend, in wenigen Worten, die ganze Lehre von der Rechtskraft, die gerade er,

denkbaren Erklärungen, da ſie eben ſo gut von zwei verſchiedenen Rechtfertigungsgründen, als von zwei verſchiedenen Klagen, verſtanden werden können. Eine actio rupti testamenti giebt es ja ohnehin nicht, ſondern nur eine hereditatis petitio, zu deren Rechtfertigung der Kläger, unter vielen anderen Gründen, auch darauf ſich berufen kann, daß ein Teſtament ruptum ſey.

(k) *L.* 1 § 1 *testam. quemadm. aper.* (29. 3), *L.* 6 *de transact.* (2. 15).

vor allen Anderen, mit großer Conſequenz durchgeführt hat, ſollte wankend gemacht haben. — Eine hiſtoriſche Erklärung dieſer Worte liegt allerdings nahe. Zur Zeit des Ulpian hatten Frauen einen allgemeinen Anſpruch auf Reſtitution, wenn ſie durch Rechtsunwiſſenheit in Nachtheil geriethen, und zwar beſonders, wenn dieſe Rechtsunwiſſenheit bei ſchädlichen Handlungen oder Unterlaſſungen in einer Prozeßführung wahrgenommen wurde (l). Daß aber die Frau, von welcher hier die Rede iſt, durch Rechtsunwiſſenheit den Verluſt des erſten Prozeſſes ſich zugezogen hatte, iſt ſchon oben gezeigt worden. Vielleicht hatte alſo Ulpian ausdrücklich geſagt, daß der Frau dieſe Reſtitution wegen ihres Geſchlechts gegeben werden müſſe, und die Compilatoren haben dieſe Erwähnung, wegen des hierin veränderten Rechts, vertilgt (m). Allerdings kann dieſe hiſtoriſche Erklärung auf die Stelle, wie ſie als Beſtandtheil des Juſtinianiſchen Rechts vor uns liegt, nicht angewendet werden. Allein auch hier wird der ganze Schlußſatz doch nur dadurch wichtig und gefährlich, daß manche Ausleger die Worte: ex causa, auf eine unbeſchränkte Willkühr des Richters in Geſtattung einer milden Nachſicht deuten. Eben ſo nahe, und noch näher, liegt es aber, die Worte:

(l) Vgl. oben B. 3 S. 432 und S. 384 (Num. XIX.), S. 427 (Num. XXIX).

(m) Vielleicht hatte Ulpian geſchrieben: sed *sexus* causa succurrendum erit ei, ſo wie es in *L.* 2 § 7 *de j. fisci* (49. 14) heißt: si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem, *vel propter sexum femininum*, jus suum possit. Die Veränderung von *sexus* causa in *ex* causa war dann ſehr einfach und leicht.

ex causa, ſo zu erklären: wenn überhaupt ein ſonſt begründeter Reſtitutionsgrund (etwa Minderjährigkeit, Betrug u. ſ. w.) vorliegt. Nach dieſer Erklärung iſt der beiläufig hingeworfene Satz höchſtens trivial, aber weder irrig, noch gefährlich.

Bisher iſt die Regel dargeſtellt worden, ſowohl für die perſönlichen Klagen, als für die Klagen in rem. Bei dieſen letzten Klagen aber kommen zwei wichtige Ausnahmen in Betracht, in welchen die Einrede für den Fall eines anderen Erwerbsgrundes eben ſo ausgeſchloſſen bleiben muß, wie ſie ſchon in der Regel für dieſen Fall bei den perſönlichen Klagen ohnehin ausgeſchloſſen iſt. Dieſe Ausnahmen beziehen ſich auf den Fall der causa superveniens und auf den der causa adjecta oder expressa.

a. Causa superveniens.

Wenn eine Eigenthumsklage abgewieſen wird, weil der Kläger, nach dem Ausſpruch des Richters, kein Eigenthum hat, ſo darf die Klage, nach der oben aufgeſtellten Regel, ſelbſt dann nicht erneuert werden, wenn ſich der Kläger auf einen anderen Erwerbsgrund, als den der früheren Klage zum Grunde liegenden, berufen wollte. Die Erneuerung der Klage aber iſt ihm ausnahmsweiſe erlaubt, wenn der behauptete andere Erwerb erſt nach Beendigung des erſten Rechtsſtreites eingetreten ſeyn ſoll (n).

(n) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Ebenſo, wenn in einem Rechtsſtreit über die Freiheit der Sklave für frei erklärt

Eben ſo verhält es ſich, wenn die frühere Abweiſung nicht auf das fehlende Eigenthum des Klägers, ſondern auf den fehlenden Beſitz des Beklagten gegründet war, der Kläger aber behauptet, der damals fehlende Beſitz ſey nach dem Ende des früheren Rechtsſtreits an den Beklagten gekommen (o).

Wenn ferner eine Erbrechtsklage abgewieſen wird, weil der Richter annimmt, der Kläger ſey nicht Erbe, und nun eine neue Erbrechtsklage aus einer erſt ſpäter eingetretenen Erwerbung des Erbrechts abgeleitet wird, ſo ſoll dieſe neue Klage durch die Einrede der Rechtskraft nicht ausgeſchloſſen ſeyn (p).

Der Grund dieſer Ausnahme liegt in der oben aufgeſtellten Regel, daß jedes Urtheil ſtets nur Etwas ausſprechen will und kann, für den Zeitpunkt in welchem es erlaſſen wird (§ 292. k. l.). Alle ſpäteren Aenderungen der Rechtsverhältniſſe liegen daher ganz außer ſeinem Bereich, und es kann alſo auch nicht auf den Erfolg einer Klage einwirken, die eine ſolche ſpätere Aenderung zum Gegenſtand hat.

Wegen der durchgreifenden Allgemeinheit dieſes Grundes

wird, nachher aber ſein früherer Gegner das Eigenthum dieſes Sklaven durch Erbſchaft oder auf irgend eine andere Weiſe wirklich erwirbt; Dieſem ſteht die Einrede nicht entgegen. *L.* 42 *de lib. causa* (40. 12).

(o) *L.* 17 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Daſſelbe muß behauptet werden, wenn eine Erbrechtsklage, oder eine a. ad exhibendum blos wegen des fehlenden Beſitzes abgewieſen war. *L.* 9 *pr. L.* 18 *eod.*, *L.* 8 *pr. ratam rem* (46. 8).

(p) *L.* 25 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2).

würde derſelbe nicht blos, wie hier behauptet wird, auf Klagen in rem, ſondern eben ſo auch auf perſönliche Klagen Anwendung finden können. Bei dieſen aber fehlt es meiſt deswegen an einem Bedürfniß, weil bei ihnen die ganz anders lautende Regel eine ſolche Ausnahme ohnehin entbehrlich macht. Dennoch kommen hier ſeltnere Fälle vor, worin ein ſolches Bedürfniß eintritt, und dann iſt auch die Anwendung der angegebenen Ausnahme ganz unbedenklich. — Wenn alſo z. B. aus einem bedingten Vertrag vor Eintritt der Bedingung eingeklagt wird, ſo iſt der Kläger abzuweiſen. Tritt aber nachher die Bedingung ein, ſo kann die frühere Klage, ungehindert durch die Einrede der Rechtskraft, wiederholt werden (q).

b. Causa adjecta oder expressa.

Der Sinn dieſer Ausnahme geht dahin, daß es dem Kläger frei ſteht, ſeine Klage in rem auf einen einzelnen, beſtimmten Erwerbsgrund (z. B. Erſitzung bei dem Eigenthum, Teſtament bei dem Erbrecht) zu beſchränken. Das hat für ihn den Nachtheil, daß er im Lauf des Rechtsſtreits nicht zum Beweiſe eines anderen Erwerbsgrundes übergehen kann: den Vortheil, daß die Abweiſung ihn

(q) *L.* 43 § 9 *de aedil. ed.* (21. 1). — Eben ſo, wenn wegen der bedingten Schuld nicht die Schuldklage, ſondern die Hypothekarklage angeſtellt und abgewieſen worden iſt. *L.* 13 § 5 *de pign.* (20. 1). — Eben ſo, wenn die perſönliche Klage blos wegen einer Einrede abgewieſen wurde, deren Grund durch ein ſpäteres Ereigniß weggeräumt wird. *L.* 2 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 15 *de obl. et act.* (44. 7).

nicht hindert, künftig die Klage zu erneuern, indem er ſie alsdann aus einem anderen Erwerbsgrund ableitet (r).

Durch dieſe Ausnahme wird daher die Anwendung der Regel ſelbſt auf die Fälle beſchränkt, worin die erſte Klage auf das Eigenthum oder das Erbrecht im Allgemeinen, ohne Hinzufügung eines einzelnen Erwerbsgrundes, angeſtellt wird.

Da jedoch dieſe zweite Ausnahme neuerlich zum Gegenſtand eines lebhaften Streites geworden iſt, deſſen Darſtellung hier den Zuſammenhang allzuſehr unterbrechen würde, ſo iſt die Prüfung dieſer Streitfrage in die Beilage XVII. verwieſen worden.

§. 301.

Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. Dieſelben Perſonen.

Die zweite Bedingung für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft (§ 296) beſteht darin, daß dieſelben Perſonen als Parteien in dem zweiten Rechtsſtreit erſcheinen müſſen, unter welchen der frühere Rechtsſtreit geführt worden iſt, oder in der ſubjectiven Identität beider Klagen (a). Wo dieſe Bedingung fehlt, wirkt die

(r) *L.* 11 § 2, *L.* 14 § 2 *de exc. r. jud.* (44 2).

(a) *L.* 3. *L.* 7 § 4 *de exc. r. jud.* (44. 2) „inter easdem personas“ (abgedruckt oben § 296 S. 417). *L.* 1 *eod.*, *L.* 63 *de re jud.* (42. 1), *L.* 12 *de jurej.* (12. 2), *L.* 1 *C. inter al. acta* (7. 60), *L.* 2 *C. de exc.* (8. 36). — Ueber dieſen Gegenſtand iſt im Allgemeinen zu vergleichen Keller § 44. 45.

Einrede nicht, ſo daß alſo in jedem ſpäteren Rechtsſtreit eine dritte Perſon aus dem früheren rechtskräftigen Urtheil weder Rechte geltend machen, noch einer Verbindlichkeit unterworfen werden kann (b).

Dieſe Regel iſt von beſonderer Wichtigkeit bei den Klagen in rem. Denn da das Eigenthum, und eben ſo auch das Erbrecht, als eine allgemeine, gegen Jeden wirkſame, Eigenſchaft des Berechtigten gedacht wird, ſo liegt der Gedanke ſehr nahe, daß die rechtskräftige Bejahung oder Verneinung dieſer Eigenſchaft eben ſo allgemein für und wider alle Menſchen ihre Wirkung äußern müſſe. Dennoch verhält es ſich damit ganz anders. Das Weſen der Rechtskraft beſteht in einer Fiction der Wahrheit für das geſprochene Urtheil (§ 280). Auf die Anwendung dieſer Fiction erwirbt die obſiegende Partei ein Recht gegen die unterliegende, und ſo hat das, aus dem Urtheil entſpringende Rechtsverhältniß völlig die Natur einer Obligation, und wirkt daher nicht auf fremde Perſonen, die etwa auf daſſelbe Eigenthum oder Erbrecht Anſpruch machen möchten (c). — Bei den perſönlichen Klagen, deren Gegen-

(b) *L.* 2 *C. quib. res jud.* (7. 56): „Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare.“

(c) *L.* 63 *de re jud.* (42. 1) „... Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico: Nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior: quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus jure suo utatur.“

ſtand ein Rechtsverhältniß zwiſchen zwei beſtimmten Perſonen iſt, kann in den meiſten Fällen ſelbſt ein ſolcher Zweifel gar nicht entſtehen, ſo daß hier jene Regel von geringerer Wichtigkeit iſt. Doch kommen auch dabei Fälle vor, worin ſich dieſelbe wirkſam zeigt. Wenn nämlich ein Gläubiger oder Schuldner ſtirbt, und mehrere Erben hinterläßt, ſo geht auf jeden Erben ein Theil des Rechtsverhältniſſes über, welcher dann Gegenſtand eines ſelbſtſtändigen Rechtsſtreites für dieſen Erben werden kann. Das Urtheil über dieſen Rechtsſtreit ſoll nun auf den, dem anderen Erben zukommenden Theil des Rechtsverhältniſſes keinen Einfluß haben, obgleich dieſes urſprünglich ein ungetrenntes Ganze war, und daher die Gründe der Entſcheidung meiſt gemeinſame ſeyn werden (d).

Wollte man die hier aufgeſtellte Regel in aller Strenge geltend machen, ſo würde dadurch der Gebrauch der Einrede ſehr eingeſchränkt werden. Ihre praktiſche Wichtigkeit beruht daher großentheils auf einigen Erweiterungen der Regel, die nun noch darzuſtellen ſind.

Dieſe Erweiterungen ſiud von zweierlei Art. Die meiſten und wichtigſten beruhen auf der Anwendung des allgemeinen, ſchon anderwärts begründeten, Succeſſions

(d) *L.* 22 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei judicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.“ *L.* 63 *de re jud.* (42. 1), *L.* 2 *C. quib. res jud.* (7. 56).

verhältniſſes; wir können dieſe Erweiterungen natürliche nennen. Andere dagegen beruhen auf beſonderen Vorſchriften, herbeigeführt durch das eigenthümliche Bedürfniß einzelner Rechtsinſtitute; dieſe werden wir als poſitive Erweiterungen zu bezeichnen haben.

I. Natürliche Erweiterungen.

Die Einrede, als Wirkung der Rechtskraft, ſoll ſich nicht blos auf die früheren Parteien ſelbſt beziehen, ſondern auch auf die Succeſſoren dieſer Parteien (e).

a. Dieſer Satz gilt ſowohl für das Recht der obſiegenden, als für die Verbindlichkeit der unterliegenden Partei aus dem früheren Urtheil.

b. Er gilt ſowohl für die Univerſalſucceſſion, als für die Singularſucceſſion (f).

Für die Univerſalſucceſſion, insbeſondere für die Erben der urſprünglichen Parteien, verſteht er ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß er dabei nicht beſonders erwähnt zu werden pflegt. Man kann dahin unter andern auch den Fall rechnen, wenn ein Sohn in väterlicher Gewalt einen Prozeß führt und das Recht der Einrede erwirbt; dieſes

(e) *L.* 2 *C. de exc.* (8. 36) „. . . . vel successoribus ejus.“ — In der alten Lehre von der Conſumtion machte beſondere Schwierigkeit die Frage, welche Perſonen eine Klage in judicium deduciren könnten, insbeſondere ob Procuratoren, Cognitoren u. ſ. w. Hierauf gehen *L.* 4 *L.* 11 § 7 *L.* 25 § 2 *de exc. r. jud.* (44. 2). Vgl. Keller § 37—44. Dieſe Schwierigkeit iſt nicht vorhanden bei der Exception in ihrer neueren Geſtalt, da ſich Alles auf die allgemeinen Grundſätze von rechtskräftiger Vertretung im Prozeß zurückführen läßt.

(f) Vgl. über dieſe Begriffe B. 3 § 103.

Recht geht, eben ſo wie jeder Erwerb des Sohnes, unmittelbar auf den Vater über (g).

Eben ſo aber geht auch auf die Singularſucceſſoren das Recht und die Verpflichtung aus der Einrede über (h), insbeſondere alſo auf den, welcher durch Kauf in das Recht der urſprünglichen Partei eingetreten iſt (i). Eben ſo, wenn der Eigenthümer einer Sache Prozeß über dieſelbe führt, und dann die Sache verpfändet, geht der Vortheil und Nachtheil aus dem rechtskräftigen Urtheil auf den Pfandgläubiger über.

c. Jener Satz iſt nur wahr, wenn die Succeſſion *nach* dem rechtskräftigen Urtheil begründet wurde; iſt ſie früher begründet, ſo hat das Urtheil keine rückwirkende Kraft für den Succeſſor (k). Wenn alſo ein Gläubiger einen Theil ſeiner Forderung einem Dritten überträgt, und dann für den übrigen Theil gegen den Schuldner klagt, ſo hat das Urtheil keinen Einfluß auf den Ceſſionar.

II. Poſitive Erweiterungen.

Dieſe haben die Natur wahrer Ausnahmen von der aufgeſtellten Regel, ſo daß in den Fällen derſelben die Vortheile und Nachtheile der Rechtskraft auf Perſonen bezogen werden, die in dem früheren Rechtsſtreit nicht als

(g) *L.* 11 § 8 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(h) *L.* 28 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est.“

(i) *L.* 9 § 2. *L.* 11 § 3. 9 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 25 § 8 *fam. herc.* (10. 2), vgl. oben § 298 i. —

(k) *L.* 3 § 1 *de pign.* (20. 1), *L.* 29 § 1. *L.* 11 § 10 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Parteien erſchienen, und auch nicht in ein Succeſſionsverhältniß zu jenen Parteien eingetreten ſind (l). Das praktiſche Verhältniß dieſer Ausnahmen zu der Regel läßt ſich ſo ausdrücken: Das richterliche Urtheil macht in der Regel jus inter partes, in dieſen ausgenommenen Fällen jus inter omnes.

Man kann dieſe Ausnahmen auf den gemeinſamen Geſichtspunkt zurückführen, daß der Fremde, auf welchen die Wirkung der Rechtskraft bezogen werden ſoll, durch eine der Parteien vertreten (repräſentirt) war (m). Nur muß man nicht glauben, daß damit ein durchgreifender Grundſatz aufgeſtellt wäre, durch deſſen freie Anwendung überall das Daſeyn ſolcher Ausnahmen entſchieden werden könnte. Vielmehr bleiben es ſtets nur einzelne, poſitiv anerkannte Fälle, und es ſollte durch den aufgeſtellten Geſichtspunkt nur klar gemacht werden, in welcher Verwandtſchaft ſie unter einander ſtehen, und aus welchem Grunde für ſie eine abweichende Behandlung angemeſſen gefunden worden iſt.

Die einzelnen Fälle dieſer Ausnahmen ſind folgende:

A. Klagen, die auf einen perſönlichen Zuſtand (status), insbeſondere auf ein Verhältniß des Familienrechts, gerichtet ſind.

(l) Vgl. über dieſe Ausnahmen: Keller § 46. 47. 48. Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältniſſe § 20.

(m) Damit hängt zuſammen das Erforderniß eines justus contradictor, wovon ſogleich bei mehreren einzelnen Fällen die Rede ſeyn wird.

Nach einer in früherer Zeit ſehr verbreiteten Meinung ſollten alle Klagen der hier bezeichneten Art die erwähnte beſondere Natur haben. In der That kann Dieſes nur in folgenden zwei Fällen behauptet werden:

a. Wenn die rechtmäßige Geburt eines Kindes, und die davon abhängige väterliche Gewalt, beſtritten wird, ſo ſoll das Urtheil über den von dem Vater geführten Rechtsſtreit nicht blos für die Parteien, ſondern auch für alle übrigen Familienglieder, namentlich für die Geſchwiſter des Kindes, die Wirkung der Rechtskraft haben (n).

b. Wenn über den Zuſtand eines Freigebornen zwiſchen ihm und dem wirklichen Patron, oder dem einzigen Prätendenten des Patronats, ein Rechtsſtreit geführt wird, ſo bringt deſſen Entſcheidung den wirklichen Zuſtand eines Freigebornen oder Freigelaſſenen hervor, auch im Verhältniß zu allen fremden Perſonen, z. B. wenn von der Möglichkeit einer rechtsgültigen Ehe dieſer Perſon die Frage entſteht, oder von der Fähigkeit derſelben, in den

(n) *L.* 1 § 16. *L.* 2, *L.* 3 *pr. de agnosc.* (25. 3) „placet enim, *ejus rei* judicem *jus facere.*“ Durch dieſe Worte ſoll alſo hier eine mehr als gewöhnlich ausgedehnte Wirkſamkeit der Rechtskraft ausgedrückt werden, das jus inter omnes, im Gegenſatz des jus inter partes. Vgl. oben § 282 e. — Anders verhält es ſich hier bei der Entſcheidung durch Eid, wobei es (für den künftigen Rechtsſtreit dritter Perſonen) heißt: „*veritatem* esse quaerendam.“ *L.* 3 § 2. 3 *de jurej.* (12. 2), welche Worte den Gegenſatz bilden von: res judicata *pro veritate accipitur* (ſ. die folgende Note). — Die abſolute Wirkung des Urtheils gilt auch zum Nachtheil des Vaters, z. B. bei dem, gegen eine dritte Perſon angeſtellten Interdict de liberis exhibendis. *L.* 1 § 4 *de lib. exhib.* (43. 30).

Senat einzutreten, oder von den Verhältniſſen des Erbrechts (o).

In allen übrigen Fällen ſolcher Klagen gilt dagegen die erwähnte ausgedehntere Wirkung des Urtheils nicht; vielmehr bleibt es für ſie bei der, auf die Parteien beſchränkten Wirkung. Das Urtheil, welches einen Sclaven für frei, oder einen Freigelaſſenen für einen Freigebornen erklärt, hindert daher eine dritte Perſon nicht, denſelben als dem Sclavenrecht oder dem Patronatsrecht unterworfen in Anſpruch zu nehmen (p).

Aber auch in jenen beiden beſonderen Fällen ſoll die Ausnahme nur unter folgenden Bedingungen eintreten: Es

(o) *L.* 25 *de statu hominum* (1. 5). „. . res judicata *pro veritate accipitur*“ ſ. die vorhergehende Note und oben § 282. d., *L.* 1. 4 *de collus.* (40. 16), *L.* 27 § 1 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 14 *de j. patron.* (37. 14). Auch hier hat wieder der Eid dieſe ausgedehntere Wirkung nicht. Anders bei der Strafklage des Patrons wegen in jus vocatio, weil dieſe über das perſönliche Verhältniß der Parteien nicht hinaus geht. *L.* 8 § 1 *de in jus voc.* (2. 4).

(p) *L.* 42 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 1. 5 *si ingen.* (40. 14). — Da indeſſen auch die ſcheinbare Ingenuität oder Libertinität, die auf dieſe Weiſe vorübergehend entſtehen konnte, große Nachtheile mit ſich führte, ſo geſtattete man wohl jedem Dritten, der für ſich Patronatsrecht in Anſpruch nehmen wollte, an dem Prozeß Theil zu nehmen, in welchem Fall dann das Urtheil auch für dieſen Dritten wirkſam wurde. Das iſt der Sinn der etwas ſchwierigen Worte in *L.* 63 *de re jud.* (42. 1). „. . Nam et si libertus meus, *me interveniente*, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.“ Wohl nur durch ſolche Erklärung iſt ein Widerſpruch dieſer Worte mit den unmittelbar folgenden zu beſeitigen, die oben in der Note c. abgedruckt ſind. Darauf deuten auch die Worte quo ignorante in *L.* 5 *si ingen.* (40. 14). — Beſondere Schwierigkeit entſtand bei angeblichen Miteigenthümern eines Sclaven. Hier ſuchte man zu verſchiedenen Zeiten verſchiedene Aushülfe. *L.* 9 *pr.* § 1. 2, *L.* 30 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 29 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2).

ſoll ein justus contradictor den Rechtsſtreit geführt haben (q); es ſoll ein contradictoriſches, nicht ein Contumacialurtheil ſeyn (r); es ſoll endlich keine Colluſion unter den Parteien zum Grunde liegen (s).

B. Klagen aus dem Erbrecht.

Auch hier wieder ſtehen die meiſten Fälle ganz unter der gewöhnlichen Regel.

Wenn alſo A. gegen B. die Erbrechtsklage anſtellt, und das Erbrecht des A. bejaht oder verneint wird, ſo hat Dieſes auf den ſpäteren Rechtsſtreit über das Erbrecht zwiſchen A. und C. oder zwiſchen B. und C. durchaus keinen Einfluß (t). Eben ſo, wenn zwiſchen dem Teſtamentserben und einem Legatar über die Gültigkeit des Teſtaments oder des Legats geſtritten wird, und nachher ein anderer Legatar gegen denſelben Erben klagt (u).

Die Fälle der Ausnahme in Beziehung auf das Erbrecht ſind folgende:

a. Wenn über die Gültigkeit eines Teſtaments zwiſchen dem Teſtamentserben und dem Inteſtaterben geſtritten und entſchieden wird, ſo ſind an dieſe Entſcheidung auch Diejenigen gebunden, die aus dieſem Teſtament als Legatare

(q) *L.* 3 *de collus.* (40. 16). Der Sinn dieſer Bedingung iſt bereits im Text erklärt worden: Der Rechtsſtreit ſoll von dem Vater, oder dem wahren Patron, oder dem einzigen Patronatsprätendenten, geführt worden ſeyn.

(r) *L.* 27 § 1 *de lib. causa* (40. 12), vgl. *L.* 24 *de dolo* (4. 3).

(s) Tit. Dig. *de collus.* (40. 16). Die Anfechtung aus dieſem Grunde war einem Jeden (als popularis actio) geſtattet.

(t) *L.* 12 *de jurej.* (12. 2).

(u) *L.* 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

oder Freigelaſſene u. ſ. w. Rechte ableiten; dieſe ausgedehntere Wirkſamkeit des Urtheils wird hier gleichfalls durch den Ausdruck: Judex jus facit, bezeichnet. Auch hier wird aber ein contradictoriſches Urtheil, ſo wie die Abweſenheit der Colluſion, vorausgeſetzt. Die erwähnten Perſonen haben zu ihrer Sicherheit die Befugniß, an dem Rechtsſtreit Theil zu nehmen, und ſelbſt gegen das ihnen nachtheilige Urtheil die Berufung einzulegen (v).

Es fragt ſich, ob auch die Gläubiger der Erbſchaft unter dieſer Vorſchrift ſtehen. Sie unterſcheiden ſich von den Legataren darin, daß ihr Recht an ſich von der Gültigkeit des Teſtaments unabhängig iſt. Es kann aber für ſie gefährlich werden, unbedingt an den ſiegenden Theil in jenem Erbſchaftsſtreit verwieſen zu werden, weil dieſer vielleicht zahlungsunfähig ſeyn kann. Das Recht nun haben ſie unzweifelhaft, ſich an den zu halten, der in dem Rechtsſtreit über die Erbſchaft obgeſiegt hat (w). Aber eine Verpflichtung dazu läßt ſich wohl nicht behaupten; vielmehr muß ihnen auch verſtattet werden, ihre Schuldklagen gegen den damals unterliegenden Theil anzuſtellen, wenn ſie dieſem beweiſen können, daß er der wahre Erbe iſt.

b. Wenn ein Teſtament als inofficiosum angefochten

(v) *L.* 3 *pr. de pign.* (20. 1.), *L.* 50 § 1 *de leg.* 1. (30. un.) „jus facit haec pronuntiatio“, *L.* 14 *de appell.* (49. 1) „an jus faciat judex“, *L.* 12 *pr.* § 2 *C. de pet. her.* (3. 31).

(w) *L.* 50 § 1 in *f. de leg.* 1 (30. un.). *L.* 12 § 1 *C. de pet. her.* (3. 31).

wird, und der Richter die Klage begründet findet, ſo iſt der Erfolg ein ganz anderer, als bei der gewöhnlichen Erbrechtsklage. Es wird angenommen, das Teſtament ſey bis dahin gültig geweſen, und das Urtheil habe dasſelbe reſcindirt. Dadurch wird nun die gewöhnliche Inteſtaterbfolge eröffnet, die möglicherweiſe einer anderen Perſon, als dem Kläger, welcher die Reſciſſion bewirkte, die Erbſchaft verſchaffen kann. Dieſe ausgedehntere Wirkung wird auch hier durch die Worte: Jus facit judex, bezeichnet, und ſie tritt wieder nur ein, wenn das Urtheil ein contradictoriſches iſt (x).

C. Klagen, deren Führung einem Mitbetheiligten überlaſſen wird (y).

Es kann geſchehen, daß der, welcher zunächſt dazu berufen iſt, als Kläger oder Beklagter einen Rechtsſtreit zu führen, ſein Recht von einem Anderen ableitet, der dann oft mehr, als er ſelbſt, Vortheil und Nachtheil von dem Ausgang des Streites zu erwarten hat. Er kann

(x) *L.* 6 § 1 *de inoff.* (5. 2), *L.* 8 § 16 *eod.*, *L.* 17 § 1 *eod.* „jus ex sententia judicis fieri.“ — Ob dieſe Regel noch im heutigen Recht Geltung hat, kann an dieſer Stelle nicht unterſucht werden. Es hängt von der allgemeineren Frage ab, ob überhaupt die Eigenthümlichkeiten der alten querela inofficiosi noch fortdauern, oder ob dieſe Klage durch die Novelle 115 weſentlich umgebildet worden iſt. Wer dieſe letzte Meinung annimmt, zu der ich mich bekenne, muß die Fortdauer der ausgedehnteren Rechtskraft bei dieſer Klage verwerfen, da an ihre Stelle nun eine gewöhnliche Erbrechtsklage getreten iſt. — Über die Natur jener Klage im älteren Recht vgl. oben B. 2 S. 127—131.

(y) *L.* 63 *de re jud.* (42. 1). Bei Keller S. 68 fg. finden ſich treffliche Bemerkungen über die ſchwierigen Theile dieſer wichtigen Stelle.

nun dieſen Anderen zum Beiſtand in dem Rechtsſtreit auf-fordern, er kann ihm aber auch die eigene, ſelbſtſtändige Führung des Streits überlaſſen. Wenn er dieſen letzten Weg einſchlägt, ſo wird der Streit für oder wider den Anderen entſchieden; er ſelbſt erſcheint als Partei gar nicht, und nach der allgemeinen Regel müßte daher das Urtheil ihm weder Vortheil noch Nachtheil bringen. Hier aber wäre die Anwendung dieſer Regel offenbar unrichtig, da er zunächſt dazu bernfen war, den Prozeß zu führen, und die Überlaſſnng an den Anderen ganz aus ſeinem freien Entſchluß hervorging. Hier ſind alſo die Vortheile und Nachtheile der Rechtskraft auf ihn gerade ſo anzuwenden, wie wenn er ſelbſt in dem Rechtsſtreit als Partei aufge-treten wäre.

Es werden im Römiſchen Recht drei einzelne Anwen-dungen zuſammengeſtellt, um die Natur dieſer Ausnahme anſchaulich zu machen, wodurch jedoch die Ausnahme ſelbſt auf dieſe einzelnen Fälle keineswegs beſchränkt werden ſoll (z).

(z) *L.* 63 *de re jud.* (42. 1) „. . Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae: et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod . . . , qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae

a. Der erſte Fall iſt der einer verpfändeten Sache, wenn dieſe in den Beſitz einer dritten Perſon kommt, die auf das Eigenthum Anſpruch macht. Hier könnte der Pfandgläubiger mit der Hypothekarklage gegen den dritten Beſitzer klagen; er kann es aber auch dem Verpfänder überlaſſen, die Eigenthumsklage gegen den Dritten anzuſtellen, deren Entſcheidung dann auch für den Pfandgläubiger wirkſam ſeyn ſoll. Eben ſo verhält es ſich, wenn der Pfandgläubiger die Sache beſitzt, und der Dritte gegen ihn die Eigenthumsklage anſtellt, in welcher er gleichfalls die Prozeßführung ſelbſt übernehmen, oder dem Verpfänder (als ſeinem Defenſor) überlaſſen kann (aa).

b. Der zweite Fall bezieht ſich auf einen Ehemann, der eine Dotalſache beſitzt, und deshalb von einem Dritten mit der Eigenthumsklage in Anſpruch genommen wird. Der Beſitzer kann wieder ſelbſt den Prozeß als Beklagter führen, oder dem Beſteller der Dos (Schwiegervater oder Ehefrau) dieſe Prozeßführung überlaſſen. In dieſem letzten Fall bringt das Urtheil auch ihm Vortheil oder Nachtheil (bb).

summovetur, *quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.*“

(aa) Die Worte: si creditor experiri passus sit debitorem, können in dieſem Fall ſowohl auf die Stellung des Klägers, als auf die des Beklagten, bezogen werden, auf welche doppelte Beziehung auch die vorhergehenden Worte hindeuten.

(bb) In dieſem Fall iſt blos an die Stellung des Beklagten (die defensio) zu denken, da der Schwiegervater und die Ehefrau keine Vindication mehr haben. Eben ſo verhält es ſich auch in dem folgenden Fall, welches Letzte noch beſonders durch den Ausdruck possessor beſtätigt wird.

c. Eben ſo verhält es ſich in dem dritten Fall, wenn der Beſitzer einer erkauften Sache von einem Dritten mit der Eigenthumsklage in Anſpruch genommen wird. Er kann ſelbſt als Beklagter den Prozeß führen, oder dieſe Prozeßführung dem Verkäufer überlaſſen, da dieſer ohnehin für die Eviction ihm verpflichtet iſt.

D. Eine beſondere Schwierigkeit entſteht in dem Fall, wenn für ein Grundſtück, das mehreren Miteigenthümern gehört, eine confeſſoriſche oder negatoriſche Klage zu führen iſt. Wenn ſich dieſe Miteigenthümer entſchließen, den Rechtsſtreit gemeinſchaftlich zu führen, ſo iſt jede Schwierigkeit gehoben. Allein keiner dieſer Miteigenthümer hat die Befugniß, die übrigen zu dieſer Theilnahme zu zwingen (cc). Eben ſo wäre es auf der anderen Seite ſehr hart für den Gegner, wenn ihm zugemuthet werden ſollte, denſelben Rechtsſtreit gegen jeden Miteigenthümer von Neuem zu führen, mit ſtets erneuerter Mühe und Gefahr des Verluſtes. Daher ſind für dieſen Fall folgende beſondere Regeln angenommen worden.

a. Jeder Miteigenthümer kann für ſich allein die confeſſoriſche Klage auf die ganze Servitut (in solidum) anſtellen (dd), und wenn der Gegner verurtheilt wird, ſo ſoll der Vortheil der Rechtskraft auch den übrigen Miteigenthümern zu gut kommen (ee).

(cc) Martin Prozeß Ausg. 12 § 306. Mittermaier Archiv für civil. Praxis B. 3 S. 42.

(dd) *L.* 4 § 3 *si serv.* (8. 5), *L.* 6 § 4 *eod.*, *L.* 1 § 5 *de arb. caed.* (43. 27).

(ee) *L.* 4 § 3 *cit.* „victoria et aliis proderit.“

b. Die bloße Conſequenz dieſes letzten Satzes führt dahin, daß ſich die übrigen auch den Nachtheil aus der Rechtskraft des freiſprechenden Urtheils gefallen laſſen müſſen (ff). War ihnen der Rechtsſtreit bekannt, ſo haben ſie es ſich ſelbſt zuzuſchreiben, wenn ſie es unterließen, durch freiwillige Theilnahme die ungünſtige Entſcheidung abzuwenden. War er ihnen unbekannt, ſo wäre es allerdings ungerecht, wenn ſie durch die Unredlichkeit oder Nachläſſigkeit ihres Miteigenthümers in bleibenden Nachtheil kommen ſollten (gg). Allein dieſe Ungerechtigkeit wird nicht dadurch abgewendet, daß ſie die Rechtskraft des Urtheils für ſich nicht anzuerkennen brauchten, ſondern vielmehr durch eine Entſchädigungsklage gegen den, welcher den Prozeß geführt, und den Verluſt veranlaßt hat (hh). Will ſich dieſer gegen einen ſolchen Vorwurf und die damit verbundene Gefahr ſchützen, ſo kann er die übrigen durch litis denuntiatio zur Theilnahme an dem Rechtsſtreit rechtzeitig auffordern.

(ff) Cujacius, recit. in L. 4 si serv. Opp. T. 7 p. 453. Anderer Meinung iſt Glück B. 10. S. 236. Für die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Meinung ſpricht auch die actio pluviae arcendae, bei welcher ganz Daſſelbe gilt. *L.* 11 § 1. 2 *de aqua et aq. pluv.* (39. 3).

(gg) *L.* 19 *si serv.* (8. 5) „non est aequum, hoc ceteris damno esse."

(hh) Sowohl wegen dolus, als wegen culpa, haben ſie gegen ihn, im Fall einer vertragsmäßigen Gemeinſchaft, die actio pro socio, außerdem die actio negotiorum gestorum; in beiden Fällen die actio communi dividundo. *L.* 20 *comm. div.* (10. 3). — Lag eine Colluſion beider Parteien zum Grunde, ſo haben ſie noch außerdem gegen den Gegner die doli actio, welche wichtig ſeyn kann, wenn etwa der Miteigenthümer zahlungsunfähig ſeyn ſollte. *L.* 19 *si serv.* (8. 5)

c. Wenn umgekehrt das mit der Servitut belaſtete Grundſtück mehrere Eigenthümer hat, ſo kann der Gegner jeden einzelnen unter dieſen mit der confeſſoriſchen Klage belangen, und es ſollen dieſelben Regeln, wie in dem vorhergehenden Fall eintreten (ii), obgleich in dieſem Fall kein ſo dringendes Bedürfniß vorhanden iſt, als in dem vorhergehenden Fall, da jener gegen alle Miteigenthümer gleichzeitig und mit einer gemeinſamen Klage auftreten kann.

d. Dieſelben Regeln ſind ohne Zweifel von beiden Seiten auch für die negatoriſche Klage anzuwenden.

e. Eine hierher gehörende Beſtimmung findet ſich endlich noch in dem Longobardiſchen Lehenrecht. Hier iſt dem Vaſallen das Recht eingeräumt, den Rechtsſtreit über das Eigenthum des Lehengutes gegen dritte Perſonen ſelbſtſtändig, ohne Zuziehung des Lehenherrn, zu führen, mit dem ausdrücklichen Zuſatz, daß der Vortheil und Nachtheil aus der rechtskräftigen Entſcheidung des Rechtsſtreits auch auf den Lehenherrn bezogen werden müſſe. Daſſelbe ſoll ſogar gelten, wenn der Rechtsſtreit nicht durch Urtheil, ſondern durch Vergleich geendigt worden iſt. Nur im Fall einer Unredlichkeit des Vaſallen ſoll der Lehenherr von dieſer Verpflichtung frei ſeyn (kk).

(ii) *L.* 4 § 4 *si serv.* (8. 5). Nur bei der servitus oneris ferendi ſoll dieſe ſolidariſche Rückwirkung auf die übrigen Miteigenthümer inſofern nicht gelten, als dieſe Servitut, abweichend von allen übrigen, den Eigenthümer des belaſteten Grundſtücks zugleich zu poſitiven Leiſtungen verpflichtet. *L.* 6 § 4 *eod.*

(kk) II. Feud. 43. — Eine ähnliche Beſtimmung enthält das

Römiſche Recht für den Emphyteuta, den Superficiar, und den Pfandgläubiger eines Grundſtücks, welchen die Befugniß eingeräumt wird, die dem Grundſtück zuſtehenden Servituten durch confeſſoriſche Klagen ſelbſtſtändig zu verfolgen. Jedoch wird dabei nicht beſtimmt, daß das Urtheil auch für den Grundeigenthümer bindende Kraft haben ſoll, worauf doch gerade das Meiſte ankommt. *L.* 16 *de serv.* (8. 1), *L.* 3 § 3, *L.* 9 *de op. novi nunt.* (39. 1), *L.* 1 § 5 *de remiss.* (43. 25).

Beilagen.

XV. XVI. XVII.

Beilage XV.

Appellatio und Provocatio.

(Zu § 285.)

I.

In der Römiſchen Verfaſſung finden ſich, von ſehr alter Zeit her, zwei Inſtitute, unter den Namen appellatio und provocatio, die neben manchen Verſchiedenheiten die Ähnlichkeit mit einander haben, daß durch dieſelben der Ausſpruch oder der Erfolg eines richterlichen Urtheils verhindert werden kann (a). Dieſe Ähnlichkeit haben beide auch mit dem, im Anfang der Kaiſerregierung eingeführten, Inſtanzenzug; da nun überdem bei dieſem auch die Namen der erwähnten alten Inſtitute angewendet wurden, ſo werden wir auf die Annahme geführt, daß der Inſtanzenzug aus ihnen in geſchichtlicher Entwickelung hervorgegangen iſt. Wie dieſe Entwickelung eingetreten iſt, und welches der beiden alten Inſtitute dabei als Grundlage gedient hat,

(a) Ohne Zweifel war es dieſe Ähnlichkeit, wodurch Cicero veranlaßt wurde, in der von ihm dargeſtellten idealen Staatsverfaſſung, die doch ganz auf Römiſche Einrichtungen gebaut war, beide Inſtitute ſo zu vermiſchen, als ob ſie gar nicht verſchieden geweſen wären. Cicero de leg. III. 3.

wird durch die folgende genauere Betrachtung derſelben, und durch ihre Vergleichung mit den Inſtanzen der Kaiſerzeit, zu ermitteln ſeyn.

II.

Die alte provocatio ſetzte voraus die Verurtheilung eines Römers durch eine, mit Criminalgerichtsbarkeit verſehene Obrigkeit; ſie beſtand in der Berufung des Verurtheilten auf das höhere Urtheil der Volksverſammlung, wodurch jenes erſte Urtheil abgeändert oder beſtätigt werden konnte (b). Darin lag alſo die vollſtändige Einrichtung einer höheren Inſtanz.

Nach einem unzweideutigen Zeugniß des Cicero beſtand die provocatio auch ſchon zur Zeit der Könige (c). Nach einer Stelle des Pomponius iſt ſie erſt nach der Vertreibung der Könige eingeführt worden (d). Neuere Schriftſteller haben dieſen Widerſpruch durch die Annahme zu beſeitigen geſucht, daß ſie bei Gründung der Republik eine ausgedehntere Anwendung, als unter den Königen, erhalten habe (e).

(b) Die quellenmäßigen Nachrichten über die provocatio, ſo wie die Meinungen der neueren Schriftſteller über dieſelbe, ſind ſehr vollſtändig zuſammengeſtellt bei Geib Geſchichte des römiſchen Criminal-Prozeſſes. Leipzig 1842. S. 152—168. 387—392.

(c) Cicero de re publica II. 31. Vgl. Seneca epist. 108.

(d) *L.* 2 § 16 *de orig. jur.* (1. 2).

(e) Entweder ſo, daß ſie früher nur den Patriciern zu gut gekommen wäre, ſpäter auch den Plebejern (Niebuhr Röm. Geſchichte I. 361. 557); oder ſo, daß die, von den Königen perſönlich ausgeſprochenen Strafurtheile der Berufung nicht unterlegen hätten.

Während der Republik war ihre Anwendung faſt allgemein, und es werden nur zwei Obrigkeiten erwähnt, deren Strafurtheile der Berufung an die Volksverſammlung nicht unterworfen waren: die Decemvirn und die Dictatoren. Beide ſtanden außer der Reihe der regelmäßigen, ſtets fortdauernden und wiederkehrenden, öffentlichen Gewalten.

Dennoch wird in der ſpäteren Zeit der Republik, in welcher gerade der Schutz der individuellen Freiheit ſtets wachſend erſcheint, der wirkliche Gebrauch einer ſolchen Berufung an das Volk faſt gar nicht erwähnt, und dieſe auffallende Erſcheinung iſt auf folgende Weiſe zu erklären. In dieſer ſpäteren Zeit wurde faſt der ganze Criminalprozeß durch ſtändige Commiſſionen für die Unterſuchung einzelner Verbrechen beſorgt (quaestiones perpetuae). Dazu war eine Anzahl von Prätoren angeordnet, die nicht ſo, wie die älteren Criminal-Obrigkeiten, aus eigener obrigkeitlicher Macht, ſondern in Kraft dieſes beſonderen Auftrags richteten, und zwar in Gemeinſchaft mit Geſchworenen, die hierin die Stelle des Volks vertraten. Auf einen ſolchen Urtheilsſpruch, der gleichſam von dem Volk ſelbſt (nur in commiſſariſcher Form) ausgegangen war, ſchien die Berufung an das Volk nicht anwendbar.

III.

Eine ganz andere Natur hatte die appellatio, die auf einen weit allgemeineren und unbeſtimmteren Schutz der individuellen Freiheit gegen Bedrückung durch öffentliche

Handlungen aller Art (also unter andern auch im Civilprozeß) berechnet war (f). Alle solche Handlungen nämlich, wohin hauptsächlich die Ausübung obrigkeitlicher Macht gehörte, konnten verhindert werden durch den bloßen Einspruch sehr vieler einzelnen Personen. Ein solcher Einspruch hieß intercessio; die Bitte des Einzelnen, zu seinem Schutz von jener Befugniß Gebrauch zu machen, hieß appellatio.

Berechtigt zu einem solchen Einspruch gegen die Handlung einer Obrigkeit war zunächst jede andere obrigkeitliche Person, die einen gleichen, oder einen höheren Rang hatte, als der Handelnde (par majorve potestas), also Prätor gegen Prätor, Consul gegen Consul, Consul gegen Prätor, ohne Rücksicht darauf, ob die einzelne Handlung mit dem besonderen Geschäftskreise dessen, der den Einspruch that, Berührung hatte (g).

Ohne Rücksicht auf das Rangverhältniß hatten die Tribunen ein allgemeines Recht des Einspruchs nach allen Seiten hin, also auch gegen die Handlungen der Prätoren und der Consuln (h). Bald übten sie dieses Recht als

(f) Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 169. Keller Semestria Vol. 1 C. 1 § 8 p. 139—170.

(g) Cicero de leg. III. 3. — Nicht ganz gleichartig ist es, wenn der Prätor (nach seinem unzweifelhaften Recht) dem von ihm ernannten Judex den Auftrag entzog (vetare judicare); wohl aber, wenn ein Consul diesem Judex den Urtheilsspruch untersagte. *L.* 58 *de jud.* (5. 1) „Judicium solvitur vetante eo, qui judicare jusserat: *vel etiam eo, qui majus imperium in eadem jurisdictione habet.*“ (Eadem jurisdictio ist hier im geographischen Sinn zu verstehen). Nach gesprochenem Urtheil hatte auch selbst der Prätor darüber keine Macht. *L.* 14 *de re jud.* (42. 1).

(h) Cicero de leg. III. 3.

Einzelne aus, bald in Folge einer collegialiſchen Berathung und Beſchlußnahme.

IV.

Die Wirkung eines ſolchen Einſpruchs war eine negative; es ſollte nun zunächſt gar Nichts geſchehen. Daher diente im Civilprozeß der Einſpruch zum Schutz des Beklagten, nicht des Klägers. Dieſe Einwirkung auf den Prozeß war alſo ähnlich einer bloßen Caſſation, nicht einer Inſtanz, da der Einſpruch keine poſitive Abänderung an die Stelle der verhinderten Maaßregel ſetzen konnte.

Dennoch war der praktiſche Einfluß eines ſolchen Einſpruchs oft nicht minder ſtark, als der einer Freiſprechung, da durch den Grundſatz der Conſumtion die Wiederholung der vorigen Klage verhindert wurde, und durch die kurze Prozeßverjährung alles Recht des Klägers leicht untergehen konnte.

V.

Gegenſtand des Einſpruchs konnten die verſchiedenſten Handlungen des Prozeſſes ſeyn; namentlich ein Decret des Prätors; eben ſo die Faſſung der Formel, wenn etwa der Prätor ein judicium purum geben, der Einſprechende aber, zum Schutz des Beklagten, die Hinzufügung einer Einrede erzwingen wollte (i).

(i) Cicero acad. quaest. II. 30., wo dieſer Fall figürlich, aber als eine bekannte Sache, erwähnt wird.

Es fragt sich, wie einem solchen Einspruch Geltung verschafft werden konnte, wenn etwa der Prätor seine abweichende Meinung hätte durchsetzen wollen, welches freilich nicht leicht vorgekommen seyn wird. Dazu fand sich das sichere Mittel, sobald der Prätor in die Lage kam, irgend einen Ausspruch durch Beschlagnahme von Sachen zur Execution zu bringen (possessio oder venditio bonorum). Diese äußere Handlung konnte durch das Verbot eines anderen Prätors oder eines Tribuns unmittelbar verhindert werden (k).

Es ist nicht zu bezweifeln, daß diese außerordentliche Maaßregel in sehr verschiedener Absicht und mit sehr verschiedenem Erfolg wird angewendet worden seyn: bald zum Schutz des wahren Rechts gegen das ungerechte Verfahren der ordentlichen Gerichtsobrigkeit; bald zum Schutz wahrer oder vermeintlicher Billigkeit gegen die Strenge des bloßen Buchstabens; bald als wahrer Mißbrauch, als parteiischer Eingriff in den richtigen Gang des Prozesses (l).

VI.

Es ergiebt sich aus dieser ganzen Darstellung, daß diese sonderbare Einrichtung die etwas zweideutige Natur einer blos indirecten Einwirkung auf den Gang der Rechtspflege hatte. Daher erklären sich die scheinbar widersprechenden Äußerungen alter Schriftsteller über die ver-

(k) Keller l. c., p. 140—145. (l) Keller l. c., p. 151—155.

Digitized by Google

ſaſſungsmäßige Stellung der Tribunen. Bald wird von ihnen geſagt, ſie hätten keinen Theil an der Rechtspflege (m). Dagegen werden ſie in unzweideutigen anderen Stellen mitten unter den richterlichen Obrigkeiten aufgezählt, und ſelbſt als Recht ſprechend erwähnt (n). Es wird beſonders bemerkt, daß ſie ſtets in der Lage ſeyen, in den Civilprozeß eingreifen zu können, und daß es deshalb nicht für ſchicklich erachtet werden könne, wenn ſie während ihrer Amtsführung für Andere als Sachwalter auftreten wollten (o).

VII.

Die hier aufgeſtellten allgemeinen Anſichten von der provocatio und appellatio, ihre Ähnlichkeit und Verſchiedenheit, werden durch folgende Reihe von Beiſpielen aus der Römiſchen Geſchichte ſowohl Anſchaulichkeit als Beſtätigung erhalten.

Beſonders wichtig ſind hier die Ereigniſſe während der kurzen Regierung der Decemvirn und gleich nach dem Sturze derſelben, indem dabei die beiden oben genannten Inſtitute neben einander, und in ihrer verſchiedenartigen Wirkſamkeit, erwähnt werden.

Die Decemvirn wurden ernannt sine provocatione, das heißt ſo, daß von ihren Strafurtheilen eine Berufung

(m) Gellius XIII. 12. „Tribuni antiquitus creati videntur non juri dicundo.“

(n) Auct. ad Herennium II. 13, *L.* 2 § 34 *de orig. jur.* (1. 2).

(o) Plinius epist. I. 23.

an die Volksversammlung nicht zulässig seyn sollte. Dagegen galt auch hier die appellatio, indem jeder Römer, der sich von einem der Decemvirn bedrückt glaubte, irgend einen Collegen desselben um seinen Einspruch bitten konnte. Allein im zweiten Jahre dieser ungewöhnlichen Regierung wurde selbst diese Zuflucht durch Übereinkunft der Decemvirn vereitelt, so daß jeder Versuch einer appellatio nur eine noch härtere Behandlung des Bedrückten zur Folge hatte (p).

Nach dem Sturz der Decemvirn klagte der Tribun Virginius den Appius vor dem Volke an, und bedrohte ihn mit augenblicklicher Verhaftung, wenn er nicht Bürgen stelle für ein gerichtliches Verfahren vor einem Judex. Appius versuchte gegen diese Drohung vergeblich zuerst eine provocatio an das Volk, dann eine appellatio an andere Tribunen; er wurde in das Gefängniß abgeführt, wo er sein Leben endigte (q).

VIII.

Folgende Fälle geben Zeugniß von dem Einspruch im Civilprozeß, der durch die appellatio gleicher oder höherer obrigkeitlicher Personen bewirkt wurde.

Verres erließ als Prätor viele Decrete im Widerspruch mit seinem eigenen Edict. Diese unerhörte Willkühr hatte die Folge, daß sein College, der Prätor

(p) Livius III. 33. 34. 36. (q) Livius III. 56. 57.

L. Piso, durch oft wiederholten Einspruch solcher Ungerechtigkeit mit Erfolg entgegen trat (r).

Als zur Abbürdung der Schulden die Abtretung von Vermögensstücken nach einer öffentlichen Taxe eingeführt worden war, erhielt der Prätor C. Trebonius den Auftrag, diese neue Vorschrift zur Ausführung zu bringen. Der Prätor M. Coelius, der diese Maaßregel mißbilligte, suchte sie dadurch zu vereiteln, daß er sein Tribunal neben dem Tribunal des Trebonius aufrichtete, und jedem Verklagten, der sich an ihn wenden würde, den Einspruch gegen das Verfahren des Trebonius anbot. Es meldete sich jedoch Niemand, um von diesem Anerbieten Gebrauch zu machen (s).

Ein verstorbener Freigelassener hatte, mit Übergehung seines Patrons, den Verschnittenen Genucius (matris magnae Gallus) zum Erben eingesetzt (t). Der Prätor Cn. Orestes gab dem eingesetzten Erben zuerst eine B. P. secundum tabulas, dann eine Erbschaftsklage (u). Allein der Consul Lepidus entkräftete dieses Verfahren des Prätors (v) zum Vortheil des Patrons, und zwar aus dem Grunde, weil der eingesetzte Erbe weder Mann, noch Weib sey (w).

(r) Cicero in Verrem II. 1. C. 46.

(s) Caesar de bello civ. III. 20.

(t) Valerius Max. VII. 7 § 6.

(u) Es wird restitutio in bona genannt; wahrscheinlich war es ein Interdict quorum bonorum.

(v) „praetoriam jurisdictionem abrogavit."

(w) Die wirksame Intercession des Consuls gegen das vom Prätor eingeleitete Verfahren ist klar; nicht so klar ist der vom Consul angegebene Grund. Wollte etwa

IX.

Die Einwirkung der Tribunen in den Civilprozeß tritt in folgenden Fällen hervor.

In einem Prozeß des Quinctius hatte ein Prätor mit Unrecht ein Decret auf Bürgschaft erlassen. Die Tribunen wurden um Einspruch gebeten, und ohne diesen unmittelbar auszusprechen, bewirkten sie doch durch ihre Drohung, daß mit der Execution eingehalten wurde (x).

M. Tullius hatte gegen Q. Fabius eine Klage angestellt de vi hominibus armatis coactisve damno dato. Der Beklagte verlangte, daß in die Formel der beschränkende Zusatz aufgenommen werde: *injuria* damno dato; mit Unrecht, da diese Beschränkung nicht in die erwähnte Klage, sondern nur in die a. L. Aquiliae gehörte. Als der Prätor in dieses Verlangen nicht einging, appellirte der Beklagte an die Tribunen; allein diese billigten das Decret des Prätors über die Fassung der Formel, und erklärten: nihil se addituros (y). — Wären die Tribunen dem Verlangen des Beklagten beigetreten, so würden sie das auf

der Consul den Castraten für ehrlos halten, und daher unwürdig, das Tribunal zu betreten, so hatte ja dem Consul diese persönliche Berührung Niemand zugemuthet; auch konnten selbst wirklich Ehrlose für sich selbst postuliren. (*L.* 1 § 8 *de his qui not.*). Vielleicht sollte eine analoge Anwendung der L. Voconia gemacht werden, indem der Castrat noch weniger als ein Weib sey, also mindestens eben so unfähig zur Erbeinsetzung. Vgl. *L.* 12 § 1 *de bon. poss.* (37. 1).

(x) Cicero pro Quinctio C. 7. 20. 21. Keller l. c., p. 139 sq.

(y) Cicero pro Tullio C. 7. 38. 39. 40. Keller l. c., p. 144. 145.

dieſe, von ihnen mißbilligte, Formel gegründete Verfahren in allen ſeinen praktiſchen Folgen verhindert haben.

Bei einer Klage von Provinzialen gegen die Erpreſſungen des C. Antonius hindern die Tribunen das Decret, welches der Prätor der Peregrinen auf die Klage erlaſſen wollte (z).

Ähnliche Eingriffe der Tribunen finden ſich auch im Criminalprozeß. So wurde einmal von ihnen einem Angeklagten verboten, ſich zu verantworten, welches Verfahren als unerhört dargeſtellt wird (aa). — Als bei einem anderen Criminalprozeß ein einzelner Judex fehlte, indem er in einem Civilprozeß beſchäftigt war, verbot ein Tribun die Abſtimmung und befahl, die Civilſache auszuſetzen, damit jener Judex an der Criminalſache Antheil nehmen könne (bb).

X.

Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß ſich bald nach dem Anfang der Kaiſerregierung ein regelmäßiger Inſtanzenzug im Civilprozeß findet, welcher bis zum Kaiſer aufwärts geht, und wovon während der Republik Nichts zu bemerken iſt. Bei der ganzen Gründung der Kaiſergewalt aber finden wir durchgehend den Grundſatz feſtgehalten, etwas der Form und dem Namen nach ganz Neues nicht zu erfinden, ſondern alte Einrichtungen der Republik zu

(z) Asconius in or. Cic. in toga candida p. 84 ed. Orell.
(aa) Cicero in Vatin. C. 14. (bb) Cicero pro Cluentio C. 27.

benutzen, um aus der bisher ungewohnten Verbindung derſelben das wahrhaft Neue unbemerkt hervorgehen zu laſſen.

Dieſe Analogie führt zu der ſehr wahrſcheinlichen Vermuthung, daß auch jener Inſtanzenzug an die oben erwähnten alten Inſtitute (provocatio und appellatio), als neue Entwickelung derſelben, wird angeknüpft worden ſeyn, und es fragt ſich dann zunächſt, an welches unter dieſen beiden Inſtituten.

Manche haben die provocatio der alten Verfaſſung als Grundlage der neuen Inſtanzen angenommen, und es ſcheint dafür der Umſtand zu ſprechen, daß in der provocatio in der That ein wahrer Inſtanzenzug enthalten war. Dennoch muß ich dieſer Annahme entſchieden widerſprechen. Erſtlich, weil die alte provocatio nur auf Criminalſachen, nie auf den Civilprozeß, angewendet wurde. Zweitens, weil in der Annahme einer provocatio an den Kaiſer die förmliche Gleichſtellung der kaiſerlichen Gewalt mit der Gewalt des alten populus gelegen hätte, deren Schein noch lange Zeit hindurch ſehr ſorgfältig vermieden wurde, indem die Kaiſer nur obrigkeitliche, von dem populus übertragene, Gewalten auszuüben ſcheinen wollten.

XI.

Giebt man nun die Anknüpfung des neuen Inſtanzenzuges an die provocatio auf, ſo bleibt nur noch die appellatio als Grundlage der neuen Einrichtung übrig, und in

dieſer iſt auch in der That eine völlig genügende Grundlage für den Inſtanzenzug zu finden.

Zuvörderſt iſt es unzweifelhaft, daß der Kaiſer in ſeinen verfaſſungsmäßigen Amtsrechten die Mittel beſaß, um aus allen Theilen des Reichs in Civilprozeſſen Appellationen anzunehmen, und durch Einſpruch auf den Erfolg des Rechtsſtreits einzuwirken. In Rom und Italien diente dazu die tribunicia potestas, die ſchon im J. 706 an Cäſar, im J. 724 an Auguſt, lebenslänglich verliehen wurde (cc). In der kaiſerlichen Hälfte der Provinzen war der Unterſtatthalter ohnehin von den Anweiſungen des Kaiſers, der ihn angeſtellt hatte, ganz abhängig. In den Senatsprovinzen aber hatte der Kaiſer das Recht der intercessio gegen alle gerichtlichen Handlungen des Proconſuls, mit welchem er vermöge ſeiner allgemeinen proconsularis potestas gleichen Rang hatte.

Obgleich nun oben gezeigt worden iſt, daß die alte appellatio und intercessio, nach ihrer an ſich nur verneinenden und hindernden Natur, von einer eigentlichen Inſtanz weſentlich verſchieden war, und mehr die Natur einer bloßen Caſſation hatte, ſo liegt doch in der Natur der Caſſation, ſobald ſie regelmäßig und oft wiederkehrend ausgeübt wird, eine natürliche Annäherung an die Inſtanz. Gerade die regelmäßige und häufige Ausübung war während der Republik unmöglich, weil die Gewalt der

(cc) Dio Cassius XLII. 20, LI. 19.

Tribunen nur einjährig, durch Theilung unter Viele geschwächt, durch die wichtigere Beschäftigung mit politischen Zwecken fast ausschließend in Anspruch genommen war. Dieses Alles verhielt sich bei der fortdauernden tribunicia potestas des Kaisers ganz anders. Dennoch würde auch hier die Entstehung eines eigentlichen Instanzenzuges vielleicht gar nicht, vielleicht erst später, eingetreten seyn, wenn nicht das innere Bedürfniß dazu angetrieben hätte (§ 284). Dieses Bedürfniß zu befriedigen, war in dem ruhigen Gang der einmal gegründeten Monarchie möglich und leicht, und daß die bloße Benutzung der, ohnehin bekannten und unbestrittenen, Bestandtheile der kaiserlichen Gewalt dazu völlig ausreichte, ohne daß es dazu einer ganz neuen Erfindung, ja selbst nur neuer Formen und Namen, bedurfte, ist so eben gezeigt worden.

Man könnte die hierin eintretende Veränderung so ausdrücken: Der Kaiser wendete die, ihm ohnehin allgemein zukommende, appellatio und intercessio auf das Verfahren im Civilprozeß so allgemein und regelmäßig an, daß in dieser neuen Entwicklung die appellatio zugleich die Natur einer provocatio annahm.

XII.

Eine wichtige Bestätigung der hier aufgestellten geschichtlichen Erklärung des Instanzenzuges liegt in der, unter der Kaiserregierung schnell eintretenden Umbildung des Sprachgebrauchs. Noch bei Livius werden die Aus-

drücke provocatio und appellatio in ihrer eigenthümlichen Bedeutung ſtreng aus einander gehalten (Note p. q.). Bald aber verſchwindet dieſe Unterſcheidung, ſo daß nun beide Ausdrücke als ganz gleichbedeutende Bezeichnungen eines und deſſelben Begriffs gebraucht werden, wie wir Dieſes namentlich in unſeren Rechtsquellen durchaus wahrnehmen.

Plinius hist. nat. VI. 22 (von einem Indiſchen Volk): „sic quoque *appellationem* esse *ad populum*.“

Gellius IV. 4: „Mamilia ad tribunos plebei *provocavit*.“

Gellius VII. 19: „Scipio Africanus fratris nomine ad collegium tribunorum *provocabat*.“

L. 1 § 1 *quae sent.* (49. 8): „nec *appellare* necesse est, et *citra provocationem* corrigitur.“

L. 1 § 1 *a quib. app.* (49. 2): „Et quidem stultum est, illud admonere, a principe *appellare* fas non esse, cum ipse sit *qui provocatur*.“

XIII.

Man könnte nun glauben, neben dem neuen, in der kaiſerlichen Gewalt vereinigten, Inſtanzenzug ſeyen die alten, getrennten Inſtitute der provocatio und appellatio in ihrer Eigenthümlichkeit völlig verſchwunden. Allerdings war jetzt von einer provocatio an die Volksverſammlung durchaus nicht mehr die Rede. Dagegen dauerte das frühere Recht der einzelnen Volkstribunen, Appellationen

anzunehmen, und ſich durch Interceſſion in den Civilprozeß einzumiſchen, noch neben der neuen Inſtanzeneinrichtung unverändert fort; es blieb aber ſo unbedeutend als früher. Dieſe Fortdauer bezeugt aus eigener Erfahrung der jüngere Plinius, der es eben deshalb für unſchicklich erklärt, wenn Tribunen während ihrer Amtszeit in fremden Prozeſſen als Vertreter von Parteien auftreten wollten (Note o).

Beilage XVI.

L. 7 de exceptione rei judicatae (44. 2).

(Zu § 296 und § 299.)

Keine einzelne Stelle der Digesten liefert so reichhaltige Belehrung für die Lehre von der Rechtskraft, als diese. Sie zeichnet sich aus, eben so durch tief eingreifende Regeln, als durch die Schärfe, Bestimmtheit und Sicherheit ihrer Entscheidungen. Dieses Lob kann indessen nur unbedingt gelten von dem Anfang und Ende der Stelle; in der Mitte liegt gar manches Dunkle, Zweifelhafte, scheinbar Widersprechende.

Ich glaube, diese Schwierigkeiten ganz oder großentheils beseitigen zu können durch eine andere Erklärung der Stelle, deren Verschiedenheit von der bisher üblichen Erklärung durch eine veränderte Abtheilung der Paragraphen anschaulich werden wird. Dieses einfache Mittel ist von jeher als allgemein zulässig, und ganz in das Gebiet der bloßen Auslegung fallend, angesehen worden; wesentlich verschieden von einer versuchten Verbesserung des Textes,

da die Abtheilung in Paragraphen, wie wir sie in unsren Ausgaben finden, lediglich das Werk der Herausgeber ist, also nicht zum Bestand des handschriftlichen Textes gehört.

Dennoch könnte dieses Verfahren mit einigem Mißtrauen betrachtet werden, wenn es in der Absicht eingeschlagen würde, eine, durch die bisher übliche Erklärung der Stelle unterstützte, fremde Lehre von der Rechtskraft wankend zu machen, und eine eigene neue Lehre an deren Stelle zu setzen; wenn ferner die bisher übliche Auffassung der Stelle von den Auslegern befriedigend gefunden worden wäre, und diese jetzt in ihrem ruhigen Besitz gestört werden sollten. Von diesem Allen aber findet sich hier gerade das Gegentheil.

Der dunkle, zweifelhafte Theil der Stelle ist bisher von keiner Seite dazu benutzt worden, um irgend eine Lehre von der Rechtskraft darauf zu gründen, und er soll auch von mir nicht dazu benutzt werden. Die Zweifel, die dabei in Erwägung kommen, liegen überhaupt nicht in der Lehre von der Rechtskraft, sondern in ganz andern Theilen der Rechtswissenschaft, hauptsächlich in den Lehren vom Eigengenthum und Besitz. — Was aber die Hauptsache ist: die Ausleger, die sich bisher mit diesem dunklen Theil der Stelle ernsthaft beschäftigt haben, sind mit demselben, so wie er bis jetzt aufgefaßt wurde, nicht im Geringsten zufrieden, können also auch nicht in einem friedlichen Besitzstand gestört werden. Folgende Äußerungen werden diese Behauptung ganz außer Zweifel setzen.

Donellus äußert ſich über die vorliegende Stelle in folgenden Worten (a): Hoc quidem Ulpianus negaverat obiter in principio L. 7 D. de exc. rei jud. his verbis ... Sed quod hic exempli tantum causa, et velut aliud agens posuerat, id corrigit postea, et mutat ex professo in lapidibus, cementis, et tignis, addita in § 2 ea ratione, ex qua facile intelligere liceat, hoc idem illud et de tabulis navis sentire. Offenbar wird hier angenommen, daß Ulpian den Gegenſtand ſehr leichtfertig behandelt habe.

Keller erklärt die vermeintlichen Widerſprüche in der Stelle aus einem ſteten Schwanken des Verfaſſers zwiſchen der poſitiven und negativen Function der Einrede. Zugleich ſetzt er voraus, die hier vorliegende Stelle des Ulpian möge vielleicht ein ſehr unvollſtändiger Auszug ſeyn, den die Verfaſſer der Digeſten aus einer längeren Stelle gemacht haben möchten, mit Weglaſſung vieler Citate aus anderen alten Juriſten (b). — Eben ſo urtheilt ein anderer Schriftſteller, Ulpian habe ganz verſchiedene Dinge durch einander geworfen, und ſey dadurch zu ſehr ſchwankenden Entſcheidungen geführt worden (c).

(a) Donellus Lib. 22 C. 5 § 9.

(b) Keller S. 261—276, beſonders 263. 271. Das Schwanken zwiſchen beiden Geſtalten der Exception kann ich gerade bei dieſer Stelle am wenigſten annehmen, die zuerſt in der Mitte (§ 1), und dann noch beſtimmter gegen das Ende (§ 4), den Grundſatz der poſitiven Function der Einrede ſo klar ausſpricht und ſo conſequent durchführt.

(c) Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältniſſe S. 209 fg., beſonders S. 210. 215.

Alle dieſe Ausleger ſind alſo mit der vorliegenden Stelle des Schriftſtellers in hohem Grade unzufrieden, und würden es ſich ganz wohl gefallen laſſen, wenn es gelänge, durch eine neue Erklärung die Widerſprüche zu beſeitigen, durch deren Annahme ſie zu ſo harten Urtheilen über den alten Juriſten beſtimmt wurden.

Hienach ſoll der folgende Verſuch nicht dazu dienen, in der Lehre von der Rechtskraft eine eigene neue Lehre zu rechtfertigen, oder eine fremde Lehre zu bekämpfen. Er iſt vielmehr dazu beſtimmt, erſtlich für den Verfaſſer der Stelle als Ehrenrettung zu dienen, zweitens das unheimliche Gefühl zu entfernen, welches unvermeidlich zurück bleibt, wenn in der Mitte der klarſten und reichhaltigſten Stelle über die Rechtskraft eine Reihe von Äußerungen ſich findet, die als unzuſammenhangend, ſchwankend, oder ſogar als völlig widerſprechend anerkannt werden müßten.

Nach dieſer Vorbereitung laſſe ich den Text unſerer Stelle mit den nöthigen Erklärungen folgen.

Princ. Si quis, cum totum petisset, partem petat: exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est: eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio. Idem erit probandum, etsi

duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio (d).

§ 1. Item (e) si quis fundum petierit, mox arbores

(d) Dieſer Theil der Stelle iſt ſchon oben mitgetheilt und ausführlich erklärt worden (S. 448). Er iſt eben ſo gerechtfertigt von dem Standpunkt der poſitiven, als der negativen Function aus, und Ulpian entſcheidet hier mit unzweifelhafter Sicherheit, ohne dem Gedanken an eine mögliche Meinungsverſchiedenheit Raum zu laſſen.

(e) In dieſem Theil der Stelle liegt die vorgeſchlagene neue Abtheilung und die darauf gegründete neue Erklärung der Stelle. Die Ausgaben ziehen die Worte Item si bis tabulas vindicem noch zu dem princ. und fangen den § 1 erſt mit den Worten Si ancillam an. Dadurch werden alle in jenen Worten enthaltenen Fälle mit in den vorhergehenden Ausſpruch hineingezogen, daß die Einrede unzweifelhaft anwendbar ſey (nam nocebit exceptio). Betrachten wir dabei zuerſt das Sprachliche, dann das Sachliche. Jeder Anfang eines Satzes mit Item bezeichnet eine Verwandtſchaft dieſes Satzes mit dem vorhergehenden; dieſe Verwandtſchaft aber kann im Grad und Umfang verſchieden ſeyn. Sie kann ſich beziehen ſowohl auf die in beiden Sätzen erwähnten Fälle (die zu entſcheidenden Fragen), als auf die Behandlung dieſer Fälle (die Entſcheidung ſelbſt); ſie muß aber nicht ſprachlich dieſe Ausdehnung haben, kann ſich vielmehr auch beſchränken auf den Fall oder die Frage, neben mehr oder weniger Verſchiedenheit in der Behandlung und Entſcheidung. Wenn in dem vorliegenden Fall die ganze Stelle abſchlöſſe mit den Worten tabulas vindicem, ſo wäre es durchaus nothwendig, die Verwandtſchaft der Sätze in der größten Ausdehnung anzunehmen, ſo wie es die Ausgaben vorausſetzen. Jetzt aber, da ein anderer Satz, mit anderem Ausgang, folgt (magnae quaestionis est), haben wir ſprachlich ganz freie Wahl, und dieſe Wahl kann nur durch ſachliche Gründe entſchieden werden. Dieſe Gründe aber ſprechen für die von mir vorgeſchlagene Abtheilung, indem nur auf dieſem Wege der handgreifliche Widerſpruch mit der Entſcheidung des § 2 über die cementa verhütet werden kann, durch deſſen Anerkennung eben alle Ausleger zu ſo harten Urtheilen über Ulpian verleitet werden. — Meine Erklärung der Stelle läßt ſich etwa ſo ausdrücken: „Wenn ferner Jemand zuerſt ein Landgut vindicirt, und ſpäter (nachdem er abgewieſen worden) abgehauene Bäume aus dieſem Landgut, oder auch ein Haus ...

excisas ex eo fundo petat: aut insulam petierit, deinde aream, vel tigua, vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: si (f) ancillam praegnantem petiero, aut (g) post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum ejus petam: *utrum idem petere videor, an aliud, magnae quaestionis est* (h). Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est (i). *In his igitur fere omnibus exceptio nocet* (k).

oder ein Schiff ... oder eine Sclavin ... so ist in allen diesen Fällen die Anwendbarkeit der Exception ein Gegenstand großer Zweifel und Streitfragen." (Behauptet wird darüber von Ulpian bis dahin noch gar Nichts).

(f) Daß dieser Fall nicht so, wie die übrigen, mit item eingeleitet wird, kann der bloßen Abwechslung wegen geschehen seyn. Es ist aber auch möglich, daß item wirklich da stand, und daß es durch die scheinbare Ähnlichkeit mit den vorhergehenden Sylben icem ausgefallen ist. In dieser Voraussetzung können wir es durch Gemination herstellen.

(g) Die Handschriften und Ausgaben lesen hier et, welches jedoch gar keinen Sinn giebt, da die zur Zeit der Klage (der Litiscontestation) bereits schwangere Sclavin unmöglich gleich nachher nochmals schwanger werden kann. Die sehr gelinde Veränderung in aut giebt folgenden einfachen Sinn: „wenn eine vindicirte Sclavin entweder schon zur Zeit der L. C. schwanger ist, oder gleich nachher, während des Prozesses, schwanger wird." Vor conceperit ist also hinzu zu denken: ancilla petita; eine Veränderung des Textes ist deshalb nicht nöthig.

(h) Diese Worte beziehen sich nun auf alle Fälle zugleich, die nach dem gegenwärtigen Abdruck im § 1 voranstehen (Note e).

(i) In diesen Worten wird ein leitender Grundsatz aufgestellt, der zur Lösung aller zusammengestellten Streitfragen dienen soll. Dieser Grundsatz aber besteht darin, daß beide Klagen auf der Entscheidung einer und derselben Rechtsfrage beruhen müssen, wenn die Exception anwendbar seyn soll (S. 417. 418).

(k) Die Anwendung des aufgestellten Grundsatzes soll nach Ulpian's Ausspruch dahin führen,

§ 2. Sed in cementis et tignis diversum est (l): nam is, qui insulam petit, si cementa, vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere: etenim cujus insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest (m).

daß beinahe in allen vorher angegebenen ſtreitigen Fällen die Exception wirklich anwendbar ſey. Sehen wir zu, ob ſich dieſer Ausſpruch bewährt. Die Exception iſt in der That anwendbar: 1. bei dem Landgut und den abgehauenen Bäumen, 2. bei dem Haus und dem leeren Boden (area), 3. bei der Sclavin und dem, vor oder nach der Klage erzeugten, Kind derſelben. Sie iſt nicht anwendbar bei dem Haus und dem Baumaterial, wie der § 2 ausdrücklich ſagt.

(l) Der Fall der Baumaterialien wird alſo als der einzige genannt, worin es anders gehalten werde, indem hier die Exception nicht anwendbar ſey. Dieſes paßt ſehr gut als Gegenſatz zu den unmittelbar vorhergehenden Worten: in his *fere* omnibus. Das *Sed* in cementis drückt daher ein nur aus, und giebt die Erklärung des *fere*. — Der Ausſpruch über die cementa iſt hier übrigens ſo entſchieden und unzweifelhaft, daß dadurch die gewöhnliche Erklärung der vorhergehenden Erwähnung der cementa ganz unmöglich wird (Note e). Der wahre Grund dieſes von den übrigen Fällen verſchiedenen Ausſpruchs wird in der folgenden Note angegeben werden.

(m) Über die Schiffe erklärt ſich Ulpian nicht; ich glaube aber, daß es bei den Brettern eines Schiffes eben ſo gehalten werden muß, wie bei den Balken eines Hauſes. Wenn der Richter die Vindication eines Schiffes abweiſt, ſo liegt darin keine ſtillſchweigende Verneinung des Eigenthums an einzelnen Brettern, weil er ein ſolches Eigenthum in dieſer Lage des Rechtsſtreits gar nicht zuerkennen kann; dazu müßte erſt eine Abtrennung der Bretter durch die a. ad exhibendum vorher bewirkt worden ſeyn. *L.* 23 § 5 *de R. V.*, *L.* 6 *ad exhib.* — Der Unterſchied des Schiffes von dem Hauſe beſteht nur darin, daß bei dem Hauſe nicht einmal dieſe vorhergehende Abtrennung verlangt werden kann. *L.* 6 *cit.*, *L.* 7 § 10 *de adqu. rer. dom.* Ohne Abtrennung iſt eine Vindication oder ein Zuſprechen der einzelnen Beſtandtheile in beiden Fällen gleich unmöglich.

§ 3. De fructibus eadem quaestio est, ut (n) de partu; haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio noceat (o). Plane si in restitutionem vel fructus, vel

(n) Die Handschriften und Ausgaben lesen et, der Sinn fordert ut. Der Sinn geht nämlich dahin, daß die aben für das Sclavenkind aufgeworfene Frage ganz eben so auch für die Früchte aufgefaßt und beantwortet werden müsse (wohin die gleich Anfangs genannten arbores exeisae gerechnet werden können). Anstatt ut könnte auch gesetzt werden ae, welches durch die gemeinsame Abbreviatur der Handschriften in et irrig übergegangen seyn könnte.

(o) Die Handschriften und Ausgaben lesen: *non* noceat, allein die Glosse sagt: „Si habes sine *non*, plana est . . . si vero habeas *non noceat*, ut habent fere omnes communiter“ rel. Es ist nicht richtig, Dieses als eine von Accursius vorgeschlagene Emendation aufzufassen; vielmehr liegt darin das Zeugniß, daß in der That zwei handschriftliche Lesearten vorlägen, zwischen welchen zu wählen sey, deren eine jedoch die überwiegende Zahl der Handschriften für sich habe; für beide Texte werden dann Erklärungen versucht. — Diese Lesart *noceat* (ohne non) halte ich aus folgendem Grunde für die richtige. Nach dem Grundsatz der negativen Function könnte man vielleicht unterscheiden wollen zwischen der Erzeugung vor oder nach der L. C.; Ulpian aber unterscheidet nicht. Nach dem Grundsatz der positiven Function (der eadem quaestio), den Ulpian in der ganzen Stelle überall aufstellt und anwendend durchführt, ist die allgemeine Anwendbarkeit der Exception unzweifelhaft, da die Verneinung des Eigenthums an der Mutter auch die Vindication des von dieser Mutter gebarnen Kindes unmöglich machen muß. Was aber diese Lesart und Erklärung durchaus nothwendig macht, ist der Ausdruck des § 1: In his *fere omnibus* . . . nocet. Dieser Ausdruck wäre ganz widersinnig, wenn gerade in den so häufigen Fällen der Sclavenkinder und der Früchte das Gegentheil gelten sollte. — Die Worte: haec enim nondum . . petita est müssen nun so erklärt werden: „denn wenngleich das Kind in manchen Fällen zur Zeit der Klage noch nicht existirte, also nicht mit in judicium deducirt war, so ist doch überall durchgreifend der Grundsatz der eadem quaestio, indem hier das Eigenthum an dem später vindicirten Kind nur aus dem Eigenthum an der Mutter abgeleitet werden soll (sed ex ea re sunt, quae petita est), welches

etiam partus venerunt, aestimatique sunt: consequens erit dicere, exceptionem objiciendam (p).

§ 4. Et generaliter . . . exceptione summovebitur.

§ 5. Idem erit probandum . . . videntur in petitionem deduci (q).

Die bisher verſuchte Erklärung der Stelle des Ulpian in ihren einzelnen Theilen wird noch anſchaulicher werden durch die folgende zuſammenhängende Darlegung des Gedankenganges.

Der Verfaſſer fängt an mit der Betrachtung einer Reihe von Fällen, in welchen zuerſt ein Ganzes eingeklagt (und abgewieſen) wird, dann ein Theil dieſes Ganzen. In allen dieſen Fällen, ſagt er, iſt die Exception entſchieden anwendbar, und er erwähnt dabei nicht einmal

letzte aber durch das frühere Urtheil verneint worden iſt." Bei den Worten: haec enim muß alſo hinzu gedacht werden etsi oder quidem, und daraus, daß Dieſes überſehen, und daher in dieſen Worten der poſitive Grund der Entſcheidung geſehen wurde (anſtatt eines bloßen Zweifelsgrundes), iſt eben die falſche Leſeart: *non* noceat entſtanden.

(p) Dieſer letzte Satz (Plane si rel.) enthält nach der gewöhnlichen Erklärung (mit *non* noceat) eine entgegengeſetzte Entſcheidung; nach meiner Erklärung enthält er eine gleiche Entſcheidung, aber aus einem anderen, von den übrigen Meinungsverſchiedenheiten ganz unabhängigen, alſo noch durchgreifenderen Grunde. Wenn nämlich in dem früheren Rechtsſtreit der Beklagte gewiſſe Früchte bereits durch Geldentſchädigung vergütet, alſo erkauft hat, ſo würde eine neue Vindication derſelben Früchte den ganz unzweifelhaften Grundſätzen der Concurrenz völlig widerſprechen (§ 232).

(q) Die zwei letzten Paragraphen, die mit den bisher abgehandelten Schwierigkeiten der ganzen Stelle keine Berührung haben, ſind ſchon oben mitgetheilt und erklärt worden (S. 432. 433).

eines von anderen Schriftstellern erhobenen Zweifels oder Streites.

Darauf läßt er folgen (§ 1) eine Reihe verschiedenartiger Fälle, die sich nicht so, wie die vorhergehenden, auf ein gemeinsames Verhältniß (das des Ganzen zum Theil) zurück führen lassen, wenigstens nicht so unmittelbar und sicher. Für diese Fälle giebt er zunächst keine eigene Entscheidung, wohl aber die Bemerkung, daß sie häufig Gegenstand von Streit und Zweifel seyen. — Er stellt nun eine Regel auf, woraus überall die Entscheidung hergenommen werden müsse, und diese Regel ist keine andere, als die, welche das Wesen der positiven Function der Einrede ausdrückt: das Daseyn einer eadem quaestio in beiden Klagen, als Bedingung der Anwendbarkeit der Exception. — Er fügt dann hinzu, daß in Anwendung dieser Regel fast in allen vorher angegebenen zweifelhaften Fällen die Exception in der That zugelassen werden müsse.

Er geht dann über (§ 2) zur besonderen Betrachtung eines unter jenen zweifelhaften Fällen, in welchem die Exception nicht anwendbar seyn soll.

Darauf folgt (§ 3) die besondere Betrachtung eines anderen unter jenen Fällen, dem noch eine ausgedehntere Anwendung zugeschrieben wird. In diesem weit umfassenden Fall soll wieder die Exception wirklich zur Anwendung kommen, und es wird ein scheinbarer Zweifel beseitigt, der für diesen Fall besonders erhoben werden könnte.

Endlich wird die ſchon oben aufgeſtellte Regel über die Anwendung der Exception in einer vollſtändigeren Formel wiederholt (§ 4), und es wird davon Anwendung gemacht auf das Verhältniß der Erbrechtsklage zur Eigenthumsklage (§ 4), ſo wie auf das Verhältniß der Erbrechtsklage zu einer aus derſelben Erbſchaft abgeleiteten Schuldklage (§ 5).

Es iſt ſchon oben angeführt worden, daß ein neuerer Ausleger dem Ulpian den Vorwurf macht, er ſchwanke in dieſer Stelle beſtändig zwiſchen dem Standpunkt der poſitiven und negativen Function der exceptio rei judicatae, und eben aus dieſem Schwanken könnte man verſucht ſeyn, die Dunkelheiten der hier vorliegenden Stelle, ſo wie die (wirklichen oder vermeintlichen) Widerſprüche derſelben zu erklären. Gegen dieſen Vorwurf habe ich mich ſchon wiederholt erklärt. Es wird aber dieſe Meinungsverſchiedenheit dazu dienen können, die Art, wie wir die beiden Geſtalten oder Functionen jener Exception, in ihrer Verwandtſchaft und Verſchiedenheit, zu denken haben, noch anſchaulicher zu machen, als es ſchon oben (§ 281. 282) verſucht worden iſt.

Wir ſind jetzt gewohnt, jene beiden Functionen der Exception als auf verſchiedenen, theilweiſe entgegengeſetzten, Principien beruhend zu denken, und wir thun in ſofern wohl mit dieſer Auffaſſung des Gegenſtandes, als durch dieſe ſcharfe Ausbildung des Gegenſatzes eine vollſtändigere

Einsicht gewonnen worden ist. Nur würden wir zu weit gehen, wenn wir annehmen wollten, daß derselbe Gedanke auch schon bei der Entstehung und Ausbildung der positiven Function in dieser Art zum Bewußtseyn gekommen wäre.

Die ältere Gestalt der Exception beruhte auf dem Grundsatz, daß eine einmal angestellte Klage nicht von Neuem vorgebracht werden solle; hier knüpfte sich die Anwendung der Exception an ein äußeres, formelles Merkmal. Auch war dieser Grundsatz für die meisten Fälle ganz ausreichend. In der Praxis aber zeigten sich allmälig einzelne Fälle, worin jener Grundsatz nicht ausreichte; manche sogar, worin die consequente Durchführung derselben zu unbilliger Härte ausschlug. Die Wahrnehmung dieses praktischen Bedürfnisses führte zum Nachdenken über eine mögliche Abhülfe, und diese wurde darin gefunden, daß man an die Stelle des ursprünglichen formellen Grundsatzes einen mehr materiellen setzte, hergenommen aus der inneren Natur des Rechtsverhältnisses und des Rechtsstreites. Anstatt daß man sich früher damit begnügte, die Wiederholung einer Klage zu verhindern, ging jetzt das Bestreben dahin, den Inhalt eines gesprochenen Urtheils gegen jede spätere Gefährdung sicher zu stellen, und dieser neuere, erschöpfendere Grundsatz (die eadem quaestio) ist in keiner Stelle so klar ausgesprochen, so wiederholt eingeschärft, und durch mannichfaltige Anwendungen anschaulich gemacht, als in der hier vorliegenden Stelle des Ulpian.

Dieſe Ausbildung des Rechtsinſtituts erfolgt aber nicht in der Art, daß man den älteren Grundſatz glaubte verwerfen, vernichten, durch einen neuen verdrängen zu müſſen; es war weniger eine Verneinung, als eine Vertiefung deſſelben. In der großen Mehrzahl der Fälle trafen ohnehin beide Grundſätze in ihren Folgen völlig zuſammen. So gerade in der bedeutenden Zahl von Fällen, die in unſrer Stelle Ulpian einer näheren Betrachtung unterwirft.

Wenn daher Ulpian in dieſer Stelle den Grundſatz der eadem quaestio wiederholt ausſpricht, und durch mannichfaltige Anwendungen erläutert, ſo konnte er daneben unbedenklich und arglos Ausdrücke gebrauchen, die mit dem Grundſatz der negativen Function (der Klagenconſumtion) zuſammen hangen (r). Es liegt in dieſer Ausdrucksweiſe kein Grund, ihm das Schwanken zwiſchen verſchiedenen Grundſätzen vorzuwerfen; ja ſelbſt eine Unvorſichtigkeit des Ausdrucks möchte in dieſem Verfahren kaum behauptet werden können.

(r) Dahin gehören folgende Ausdrücke: *eadem enim res* accipitur *(princ.)*. — Utrum *idem petere* videor, an *aliud* (§ 1). — *aliud* petere (§ 2). — videntur *in petitionem deduci* (§ 5). — Vgl. auch oben S. 433. 434.

Beilage XVII.

Causa adjecta s. expressa.

(Zu § 300.)

I.

Folgende Sätze sind im Römischen Recht deutlich ausgesprochen und auch von den neueren Rechtslehrern allgemein anerkannt.

Wenn eine persönliche Klage auf eine Sache abgewiesen wird, so kann eine neue persönliche Klage auf dieselbe Sache angestellt werden, vorausgesetzt, daß die derselben zum Grunde liegende Obligation einen anderen Entstehungsgrund hat, als die der früheren Klage zum Grunde liegende Obligation. Denn jede Obligation wird durch ihren Entstehungsgrund individualisirt, nicht durch ihren Gegenstand.

Anders verhält es sich bei den Klagen in rem. Die abgewiesene Eigenthumsklage auf ein Landgut kann daher nicht von Neuem angestellt werden, wenngleich die erste Klage auf Tradition, die zweite auf Ersitzung als Entstehungsgrund des Eigenthums gegründet werden sollte.

Jeder dieser Sätze ist als Regel unbestritten.

II.

Für die zweite dieſer Regeln werden aber zwei Ausnahmen behauptet.

Die erſte Ausnahme bezieht ſich auf den Fall, wenn der Entſtehungsgrund des Eigenthums, den der Kläger der ſpäteren Klage zum Grunde legt, neuer iſt, als der frühere Rechtsſtreit (causa superveniens), weil dann das frühere Urtheil über dieſen Entſtehungsgrund nicht entſchieden haben kann.

Dieſe Ausnahme iſt gleichfalls unbeſtritten.

Die zweite Ausnahme betrifft den Fall, wenn die frühere Klage nicht auf das Eigenthum dieſer Sache überhaupt gerichtet, ſondern auf einen beſtimmten Entſtehungsgrund dieſes Eigenthums (z. B. Tradition) ausdrücklich beſchränkt war. Dann ſoll es, in Folge dieſer Ausnahme, erlaubt ſeyn, von Neuem eine Eigenthumsklage auf dieſelbe Sache anzuſtellen, wenn darin das Eigenthum aus einem anderen Entſtehungsgrund, z. B. aus der Erſitzung, abgeleitet wird (a).

Dieſe zweite Ausnahme, die in neuerer Zeit lebhaft angefochten worden iſt, ſoll hier einer neuen Unterſuchung unterworfen werden.

Der Unterſuchung ſelbſt iſt eine nähere Feſtſtellung des

(a) Auf folgende Stellen wird dieſe Ausnahme gegründet: *L.* 11 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2) von Ulpian, und *L.* 14 § 2 *eod.* von Paulus.

Sinnes und der Consequenzen beider entgegenstehenden Meinungen voran zu schicken.

III.

Die Vertheidiger der Ausnahme nehmen an, daß die erste und die zweite Klage auf bestimmte, und zwar verschiedene, Entstehungsgründe des eingeklagten Rechts beschränkt gewesen seyn müsse. Diese Beschränkung muß nach dem älteren Römischen Prozeß ohne Zweifel in die formula gelegt worden seyn. — Da wir keine formula haben, so muß im heutigen Prozeß die Beschränkung in der Klage ausgedrückt seyn. Nur kann dazu die bloße Erzählung, wie das Eigenthum entstanden sey, nicht genügen; vielmehr muß die bestimmte Absicht ausgedrückt werden, die erwähnte Ausnahme herbeizuführen, wobei es jedoch gleichgültig ist, in welchen Ausdrücken, und an welchem Orte der Klage Dieses geschehen möge.

IV.

Wählt der Kläger den Weg dieser Ausnahme, so sind damit Vortheile und Nachtheile für ihn verknüpft. Der Vortheil besteht darin, daß er sich für den Fall der Abweisung einer so beschränkten Klage eine neue Klage vorbehält. Der Nachtheil ist darin zu suchen, daß er nun zur Begründung der angestellten Klage keinen anderen, als den besonders angegebenen Entstehungsgrund, benutzen darf, anstatt daß er ohne diese Beschränkung nicht nur jeden

anderen Grund, ſondern auch mehrere Gründe neben einander, geltend machen könnte.

V.

Die Gegner der Ausnahme wollen durch die Verwerfung derſelben die Wirkſamkeit der exceptio rei judicatae erweitern, alſo die Möglichkeit einer Wiederholung abgewieſener Klagen beſchränken. Weil aber Dieſes in manchen einzelnen Fällen allzu hart ſeyn könnte, ſo fügen ſie eine Milderung hinzu, die in der Ertheilung einer Reſtitution beſtehen ſoll. Durch dieſe Reſtitution ſoll der abgewieſene Kläger die Eigenthumsklage aus einem neuen Entſtehungsgrund anſtellen können, auch wenn dazu nicht durch den beſchränkenden Vorbehalt in der erſten Klage der Grund gelegt worden iſt.

Beſchränkt man dieſe Reſtitution auf die allgemeinen Reſtitutionsgründe, z. B. Minderjährigkeit oder Betrug, ſo iſt die Aushülfe ſehr unbedeutend. Ueberläßt man ſie dagegen dem freien Ermeſſen des Richters, ſo daß eben jene Härte als Reſtitutionsgrund gelten ſoll, dann wird dadurch eine Willkühr und Rechtsunſicherheit herbeigeführt, wodurch die ſichere Wirkſamkeit der Rechtskraft weit mehr verliert, als für ſie durch die Verwerfung der Ausnahme gewonnen werden ſoll.

VI.

Ich gehe nun zur Darſtellung des Streites ſelbſt über. Bis vor etwa zwanzig Jahren wurde die Richtigkeit der

Ausnahme so allgemein angenommen, daß kein Zweifel darüber wahrzunehmen war (b). Puchta zuerst versuchte es, dieselbe mit Scharfsinn und Gelehrsamkeit zu widerlegen, und seit dieser Zeit sind die Stimmen ziemlich getheilt geblieben.

Als Gegner der Ausnahme sind folgende Schriftsteller zu bemerken:

Puchta Rhein. Museum B. 2 (1828) S. 251—270, B. 3 S. 467—487.

Cursus der Institutionen B. 2 § 175.

Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 152. 422.

Buchka B. 1 S. 145, so viel das Römische Recht betrifft.

Als Vertheidiger der Ausnahme, also der früherhin allgemeinen Meinung, sind seitdem folgende Schriftsteller aufgetreten:

Heffter Rhein. Museum B. 3 S. 222—238.

Richelmann Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 116—118.

Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältnisse S. 116 bis 118.

Buchka B. 2 S. 192 nach dem heutigen Recht.

Wächter Württemb. Privatrecht B. 2 S. 445.

Der Reihe dieser Vertheidiger schließe auch ich mit voller Ueberzeugung mich an.

Ganz vereinzelt steht hierin die Meinung von Kierulff

(b) Noch bei Keller (1827) S. 290. 291 findet sich keine Spur eines Zweifels.

S. 257, welcher behauptet, nach der modernen aequitas müſſe jede Klage, ſie möge eine Beſchränkung auf einen beſtimmten Entſtehungsgrund enthalten, oder nicht, den Vortheil genießen, den die Römer mit der causa expressa verbanden. Durch eine ſolche aequitas würde aller Vortheil zerſtört ſeyn, den in dieſer Lehre die Praxis aus den Grundſätzen einer geſunden Theorie zu ziehen vermag.

VII.

In dem Streit ſelbſt ſind bisher Gründe von dreierlei Art geltend gemacht worden: Erſtlich allgemeine Betrachtungen über das wahre Bedürfniß des Prozeßrechts; zweitens die ſonſt bekannten allgemeinen Formen des Römiſchen Prozeſſes; drittens, was das Wichtigſte iſt, der Inhalt der zwei Stellen der Digeſten, aus welchen allein die Ausnahme hergeleitet wird. Ich will mich in der eigenen Unterſuchung an dieſen von Anderen gewählten Gang anſchließen, und jede dieſer drei Klaſſen von Gründen beſonders erwägen.

VIII.

Was zuerſt das allgemeine Bedürfniß des Prozeßrechts betrifft, ſo behaupten die Gegner, die Ausnahme ſei unzweckmäßig, und ſie enthalte eine große Härte gegen den Beklagten, den der Kläger auf dieſe Weiſe mit immer erneuerten Klagen beunruhigen könne. Für einzelne Fälle

eines dringenden Bedürfnisses sey es besser, durch Restitution zu helfen (c).

Keine dieser Behauptungen kann zugegeben werden (d). Eine Gefahr für die Ruhe des Beklagten ist gewiß nicht vorhanden, da der Kläger die Lust an oft wiederholten vergeblichen Klagen durch die Prozeßkosten theuer bezahlen müßte.

Daß für den Kläger nicht selten ein wichtiges und billiges Bedürfniß zu einem solchen Verfahren eintreten kann, wird aus der Betrachtung folgender Fälle unverkennbar hervorgehen. Bei einer Eigenthumsklage kann der Kläger von dem Erwerb durch Tradition überzeugt seyn, für den Fall aber, daß der Richter denselben nicht annehmen sollte, den Erwerb durch Ersitzung nachzuweisen vorbehalten wollen. Die gleichzeitige Verhandlung beider Erwerbungsgründe kann dadurch unzweckmäßig werden, daß der Beweis der Ersitzung sehr umständlich und kostspielig seyn kann. — Wenn ein eingesetzter Erbe, der zugleich der nächste Verwandte des Verstorbenen ist, die Erbrechtsklage anstellen will, die Gültigkeit des Testaments aber zweifelhaft ist, so kann der Kläger zwischen zwei verschiedenen, einander widersprechenden, Erbrechtsklagen wählen (e). Hier scheint es natürlicher und zweckmäßiger, zunächst eine dieser Klagen allein durchzuführen mit Vor-

(c) Puchta Mus. B. 2 S. 261, B. 3 S. 483—485.

(d) Vgl. Hefftter Mus. B. 3 S. 230. 231.

(e) Ein Fall solcher Art ist vorausgesetzt in *L.* 30 *pr. de exc. rei jud.* (44. 2), s. o. S. 459.

behalt der anderen, als beide zu verbinden, indem bei dieſer Verbindung die Vertheidigung einer jeden dieſer Klagen durch die widerſprechende Vertheidigung der anderen nothwendig geſchwächt werden muß.

Die Gegner wollen für ſolche Fälle durch ſpätere Ertheilung einer Reſtitution helfen. Allein eine regelmäßige Vorſorge iſt für Fälle der oben beſchriebenen Art offenbar räthlicher und zweckmäßiger, als eine außerordentliche und willkürliche, deren Gefahren ſchon oben (Num. V.) bemerklich gemacht worden ſind, und die, je nach den zufälligen Anſichten des Richters, bald unbillig gewährt, bald unbillig verſagt werden kann.

IX.

Ich wende mich nun zur Betrachtung der Gründe, die aus den Formen des alten Römiſchen Prozeſſes hergenommen ſind, an welche Formen allerdings Ulpian und Paulus (Note a) gedacht haben müſſen. Es fragt ſich alſo, wenn ein ſolcher Vorbehalt, wie ihn die hier beſtrittene Ausnahme vorausſetzt, gemacht werden ſollte, wie derſelbe in jene Formen eingefügt werden konnte.

Bekanntlich gab es (außer der legis actio) für die Klagen in rem zwei verſchiedene Formen: durch Sponſion, und durch petitoria formula (f).

Daß mit der Sponſionsklage jener Vorbehalt vereinbar war, geben die Gegner ſelbſt zu. Es wird nur bezweifelt,

(f) Gajus IV. § 91—95.

ob der Beklagte auf eine ſo gefaßte Sponſionsformel ſich habe einlaſſen müſſen, und es wird hinzugefügt, daß für das Juſtinianiſche Recht in jedem Fall dieſe Form als unanwendbar gedacht werden müſſe (g). Dieſes Letzte iſt denn auch unbedenklich zuzugeben.

X.

Die Frage beſchränkt ſich daher auf den Fall der petitoria formula, d. h. derjenigen Geſtalt der Eigenthumsklage, welche allein in den Digeſten vorkommt, und darin regelmäßig den Namen rei vindicatio führt. Wie war es möglich, hier jenen Vorbehalt einzufügen?

Er konnte vielleicht ſchon in die Intentio geſetzt werden (h). Die Gründe, die man gegen dieſe Möglichkeit angeführt hat (i), kann ich nicht als durchgreifend anerkennen. Durch eine ſolche Faſſung, wird geſagt, habe die Klage aufgehört, eine Eigenthumsklage zu ſeyn, und und ſey gewiſſermaßen eine in factum actio geworden. Allein wenn etwa die Formel: Si paret, hominem Stichum Auli Agerii esse, den Zuſatz bekommen hätte: ex causa mancipationis, ſo war Dieſes noch immer eine reine juris civilis intentio (k). — Ferner wird geſagt, unter dieſer Voraus-

(g) Puchta Muſ. B. 2 S. 264. 265. 268. Vgl. B. 3 S. 467.

(h) Heffter S. 234 giebt dafür eine mögliche Faſſung an.

(i) Puchta Muſ. II. 263—267, III. 474. 477.

(k) Hierauf allein kommt es an, damit eine in jus concepta intentio angenommen werden könne, im Gegenſatz einer in factum concepta. Gajus IV. § 45. 46.

ſetzung hätte es mehrere Arten der Faſſung einer petitoria formula geben müſſen, wovon wir doch keine Spur hätten. Dabei iſt nur zu bedenken, daß alle überhaupt vorhandenen Spuren der petitoria formula ohnehin höchſt dürftig und zufällig ſind, wodurch der eben angegebene Grund der Gegner völlig entkräftet wird.

Alſo für möglich halte ich es allerdings, daß jener Vorbehalt in die Intentio eingefügt wurde, allein nicht für wahrſcheinlich, und zwar deswegen nicht, weil die folgende Art der Einfügung viel einfacher, natürlicher, und darum wahrſcheinlicher iſt.

XI.

Eine andere Art möglicher Einfügung jenes Vorbehalts iſt nämlich die durch eine praescriptio, und dieſe halte ich durch ihre Einfachheit und Natürlichkeit, ſo wie durch ſo manche ganz nahe liegende Analogie, für ganz unzweifelhaft.

Die Gründe, die dagegen aufgeſtellt worden ſind (l), erſcheinen mir als völlig unerheblich.

Man ſagt, Präſcriptionen ſeyen nur im Fall eines dringenden, unabweislichen Bedürfniſſes gegeben worden, welches hier fehlte. — Wir wiſſen jedoch kein Wort davon, wie leicht oder ſchwer die Römer es nahmen bei der Geſtattung von Präſcriptionen. Daß es aber auch in unſrem

(l) Puchta Muſ. II. 260, III. 471.

Fall an einem ernſten Bedürfniß nicht fehlte, iſt ſchon oben gezeigt worden (Num. VIII.). In einem von Gajus angeführten Fall einer wirklich ertheilten praescriptio (m) iſt das dringende Bedürfniß gewiß weit weniger einleuchtend, als in unſrem Fall.

Ferner, ſagt man, ſey es ganz ungewiß, ob überhaupt bei Klagen in rem Präſcriptionen gegeben worden ſeyen. — Allerdings ſind die Beiſpiele, die Gajus angiebt, nur von perſönlichen Klagen entlehnt; da er jedoch überhaupt nur zwei Beiſpiele angiebt, ſo liegt in dieſer Induction gewiß ein ſehr ſchwacher Grund gegen die Anwendung der Präſcription auch auf Klagen in rem.

XII.

Die Anwendung einer Präſcription auf einen Fall der hier in Frage ſtehenden Ausnahme muß in folgender Weiſe gedacht werden.

Sollte eine Eigenthumsklage beſchränkt werden auf den Erwerb des Eigenthums durch Mancipation, alſo mit dem Vorbehalt einer künftigen neuen Klage aus einer Uſucapion, ſo wurde die Präſcription hinzugefügt:

ea res agatur de fundo mancipato (n).

(m) Gajus IV. § 131 „ea res agatur de fundo mancipando."

(n) Ganz ähnlich der von Gajus IV. § 131 angeführten Präſcription: ea res agatur de fundo *mancipando*. Dieſe Präſcription ſollte den Zweck einer actio emti auf die Mancipation (mit Ausſchluß der noch vorbehaltenen Tradition) beſchränken. In unſrem Fall ſoll die Begründung der Vindication auf die Mancipation

Wurde nun dieſe Klage rechtskräftig abgewieſen, und ſollte ſpäterhin eine neue Eigenthumsklage auf Uſucapion gegründet werden, ſo war auch dabei wieder eine Beſchränkung nöthig, ſonſt wären alle möglichen Erwerbungsgründe geltend gemacht worden, alſo unter andern auch der rechtskräftig abgewieſene Grund der Mancipation, wodurch der Beklagte einen Anſpruch auf die Einrede der Rechtskraft erhalten hätte. Dieſe zweite Beſchränkung konnte nun in ganz gleichartiger Weiſe, wie die erſte, ausgedrückt werden, etwa:

ea res agatur de fundo usucapto.

Es war aber auch eine allgemeinere Faſſung dieſer zweiten Präſcription möglich und ausreichend, die dann auch auf Fälle anderer Art angewendet werden konnte (o), etwa in dieſen Worten:

ea res agatur de eadem re alio modo.

Dieſe letzte Form einer Präſcription kam nun in der That vor nach folgenden unzweideutigen Zeugniſſen, und in dieſen Zeugniſſen liegt daher zugleich eine wichtige geſchichtliche Beſtätigung der hier aufgeſtellten Behauptung,

beſchränkt werden (mit Ausſchluß der noch vorbehaltenen Begründung durch Uſucapion). Beide Präſcriptionen haben den Zweck, irgend Etwas für künftige Zeit dem Kläger vorzubehalten. — Bei der Erbrechtsklage konnte die Präſcription etwa ſo lauten: ea res agatur de hereditate ex testamento (oder de B. P. secundum tabulas) — oder: ea res agatur de legitima hereditate (oder de B. P. unde legitimi).

(o) So z. B. auf den, in der Note n. angeführten, Fall bei Gajus IV. § 131, wenn ſpäterhin die actio emti auf die vacua possessio tradenda angeſtellt werden ſollte.

daß unter den Präſcriptionen eine Formel üblich war, die auf den Fall unſrer Ausnahme unmittelbar angewendet werden konnte.

Cicero ad fam. XIII. 27 (an Servius aus dem J. 707):

„Licet eodem exemplo saepius tibi hujus generis litteras mittam . . . tamen non parcam operae, et, *ut vos soletis in formulis*, sic ego in epistolis: DE EADEM RE ALIO MODO."

Cicero de finibus V. 29 (aus dem J. 708):

„Quae cum Zeno didicisset a nostris, *ut in actionibus praescribi solet*, DE EADEM RE egit ALIO MODO" (p).

(p) Neuerlich iſt dieſe, von Cicero zweimal angeführte, Präſcription anders gedeutet worden von Liebe Stipulation S. 173. Es ſoll nämlich darunter verſtanden ſeyn die von Seiten des Beklagten vorgebrachte praescriptio (eigentlich exceptio) rei judicatae, und der Zuſatz: alio modo, ſoll darauf gehen, daß nach L. 7 § 4 de exc. r. j. dieſe Exception gegen eine neue Klage vel alio genere judicii gebraucht werden konnte. Ich muß dieſe Erklärung verwerfen als gezwungen und unhaltbar. Die wenigen Stellen, in welchen die exc. r. j. den Namen praescriptio führt (L. 10. 11 de exc., L. 29 pr. de exc. r. j., L. 63 de re jud., L. 42 de lib. causa), ſind aus der Nachläſſigkeit des Ausdrucks zu erklären, nach welcher ja auch ſonſt die Namen praescriptio und exceptio willkührlich verwechſelt zu werden pflegen. Wäre hier wirklich die exc. rei jud. gemeint, ſo hätte wenigſtens die Formel ganz anders lauten müſſen, nämlich nach Gajus IV. § 133 etwa ſo: ea res agatur, *si* ea res judicata *nondum sit*. Der poſitive Ausdruck: de eadem re, konnte nur zu einer eigentlichen praescriptio paſſen, die pro actore aufgeſtellt wurde (Gajus IV. 130. 133). — Mancher anderen Gründe gegen dieſe Erklärung nicht zu gedenken.

XIII.

Nachdem die allgemeinen Gründe für und wider die Richtigkeit der Ausnahme geprüft worden ſind, ſollen nunmehr die zwei Stellen der Digeſten erklärt werden, woraus die Ausnahme herzuleiten iſt.

L. 11 *de exc. rei judicatae* (44. 2) (q).

§ 1. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem.

§ 2. Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

Beide Paragraphen drücken offenbar zwei entgegengeſetzte Fälle aus, die daher auch verſchieden behandelt werden ſollen. Die Stellung des autem aber im § 2 zeigt, daß der Gegenſatz ſchon in den erſten Worten dieſes §. angedeutet ſeyn ſoll. Folgende Paraphraſe wird den Inhalt beider Sätze zur Anſchauung bringen.

Wenn ich einen Sclaven vindicire, in der Meinung, daß ich ihn durch Tradition erworben habe, und wenn ich mit dieſer Klage abgewieſen werde, dann aber die

(q) Über den inneren Zuſammenhang dieſer ganzen Stelle vgl. Heffter S. 227. 228.

Entdeckung mache, daß ich in der That Eigenthum hatte, nur nicht in Folge einer Tradition, sondern in Folge einer Beerbung, so wird mir die Einrede der Rechtskraft entgegen stehen, wenn ich deshalb von Neuem eine Vindication anstelle. Wenn ich dagegen die erste Vindication angestellt habe, nicht blos in der irrigen Voraussetzung einer Tradition, sondern indem ich diese Erwerbung als Grund der Vindication in der Klage ausdrücklich angebe (Si .. petat, fundum suum esse, eo quod Titius .. tradiderit), so bin ich nach abgewiesener Klage durch jene Einrede nicht gehindert, eine neue Vindication aus einem anderen Erwerbsgrund anzustellen, weil ich die causa nicht blos vorausgesetzt, sondern in der Klage ausgedrückt hatte (causa adjecta für: quia causa adjecta erat).

Puchta erklärt die Worte: causa adjecta, von einer nova oder superveniens causa, also von der oben aufgeführten ersten Ausnahme (Num. II), so daß dann die zweite Ausnahme durch diese Stelle keine Begründung erhalten würde (r).

Dieser Erklärung stehen folgende Gründe entgegen. Nach mehreren anderen Stellen bezeichnet der Ausdruck causa adjecta vielmehr einen vom Kläger in der Klagformel gemachten Zusatz (s), also eine reine Thätigkeit des Klägers,

(r) Puchta Mus. II. S. 258. Heffter S. 223. 227. — Als

(s) *L.* 1 § 2 *de rei vind.* (6. 1), Vaticana fragm. § 52. Vgl. Unterstützung jener Erklärung kann nicht angeführt werden *L.* 3 *de*

anſtatt daß der ſpätere Erwerb ohne Wiſſen und Zuthun des Klägers eingetreten ſeyn kann, alſo durch jenen Ausdruck ſehr unpaſſend, in jedem Fall ſehr undeutlich, bezeichnet ſeyn würde.

Ferner würden aldann die §§ 4 und 5 eine ganz müßige, zweckloſe Wiederholung des § 2 enthalten, anſtatt daß nach der gewöhnlichen, auch von mir angenommenen, Erklärung die eine Ausnahme in dem § 2, die andere in dem § 4 enthalten iſt, und der § 5 nur nochmals an die mutata opinio erinnert, um den Gegenſatz derſelben gegen das adquisitum postea dominium recht ſcharf hervor zu heben.

XIV.

Die zweite, von Paulus herrührende, Stelle lautet ſo: *L.* 14 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2):

> Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago, *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico,* omnes causae una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest: saepius autem deberi potest.

Dieſe Stelle iſt ſo zu erklären. Die Abweiſung einer

usurp. (44. 3) „Usucapio est *adjectio dominii* per continuationem possessionis"; denn der fortgeſetzte Beſitz beſteht ja eben in einer ſteten Thätigkeit des Beſitzers.

persönlichen Klage hindert den Kläger nicht, auf denselben Gegenstand von Neuem zu klagen, wenn nur die neue Klage auf einer Obligation aus einem anderen Entstehungsgrunde (causa) beruht; denn jeder besondere Entstehungsgrund bildet eine besondere, für sich bestehende Obligation. Anders verhält es sich bei den Klagen in rem, die stets das Recht an einem bestimmten Gegenstand an sich selbst, und mit allen dabei denkbaren Entstehungsgründen, umfassen, so daß die abgewiesene Klage in rem nicht wiederholt werden darf, auch wenn der Kläger einen anderen als den früher vorgebrachten Entstehungsgrund geltend machen wollte. Diese letzte Regel leidet jedoch eine Ausnahme in dem Fall, wenn der Kläger bei der ersten Klage einen bestimmten, einzelnen Entstehungsgrund des Rechts, aus welchem allein er jetzt klagen wolle, ausgedrückt hat; in diesem Fall hindert ihn die Abweisung nicht, später aus einem anderen Entstehungsgrund zu klagen.

Ich glaube nicht, daß die Einfachheit und Natürlichkeit dieser Erklärung bezweifelt werden kann. Eine besondere Unterstützung derselben finde ich aber darin, daß sie so ganz mit dem Inhalt der vorhergehenden Stelle (Num. XIII.) übereinstimmt, während doch in beiden Stellen Ausdruck und Wendung völlig verschieden ist.

Die Gegner dieser Ausnahme erklären die Worte: non expressa causa, so: „da bei den Klagen in rem die Erwerbsart nicht vorkommt, d. h. nicht vorkommen kann“,

oder: „wegen Nichthervorhebung der Erwerbsart“ (t). Sie ſehen alſo in dieſen Worten nicht eine hinzugefügte Ausnahme, ſondern den Grund der Allgemeingültigkeit der Regel ſelbſt. Ich finde dieſe Erklärung nicht nur an ſich ſehr gezwungen, ſondern vorzüglich deshalb verwerflich, weil es, wenn eine ſolche Ausnahme, wie die Gegner meinen, den Römern völlig fremd war, an allem Motiv fehlte, jene Worte hinzuzufügen. Wäre die juriſtiſche Controverſe, in deren Mitte wir uns jetzt befinden, vor der Zeit des Paulus geführt worden, ſo konnten etwa jene Worte zur Noth hinzugefügt werden, als Warnung und Widerſpruch gegen die (von Paulus mißbilligte) Meinung. Wenn aber, wie die Gegner vorausſetzen, die Römer an eine ſolche Ausnahme niemals dachten, ſo iſt in der That kein Grund einzuſehen, weshalb Paulus die Worte: non expressa causa, beizufügen für nöthig finden konnte.

XV.

Eine wichtige Unterſtützung der hier behaupteten Ausnahme liegt noch in der ganz ähnlichen Behandlung eines anderen, aber nahe verwandten Falles. Wenn ein Käufer die erkaufte Sache wegen Fehlerhaftigkeit zurück geben wollte, ſo konnten dabei verſchiedene Mängel in Betracht kommen; war nun die a. redhibitoria einmal zurück-

(t) Puchta Muſ. II. S. 269, III. S. 481; non expressa causa ſoll alſo ſo viel heißen, als: cum in his actionibus causa non exprimatur, oder exprimi non possit, non soleat.

gewiesen, so konnte sie nicht wegen eines angeblichen anderen Mangels wiederholt werden. Jedoch konnte sich der Kläger diese Wiederholung dadurch vorbehalten, daß er die erste Klage ausdrücklich auf einen bestimmten, einzelnen Mangel vermittelst einer Präscription beschränkte; dann stand, wenn die Klage abgewiesen wurde, einer neuen Klage wegen eines anderen Mangels Nichts entgegen (u).

L. 48 § 7 *de aedil. ed.* (21. 1).

Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est, de uno vitio agere, et praedicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur.

Dieser Fall hat unverkennbare Ähnlichkeit mit dem Fall verschiedener Entstehungsgründe des Erbrechts oder des Eigenthums. Die Natur des Bedürfnisses ist in beiden Fällen ganz dieselbe; und dieses Bedürfniß wird bei der redhibitorischen Klage ganz auf dieselbe Weise befriedigt, wie wir es für die Klagen in rem vermittelst unserer Ausnahme behaupten.

(u) Bei der a. quanti minoris ist diese Vorsicht nicht einmal nöthig; vielmehr kann hier die Klage wegen neuer Fehler stets wiederholt werden, die erste Klage mag nun zuerkannt oder abgewiesen seyn; nur darf die Summe der einzeln zuzusprechenden Rückzahlungen niemals die Summe des ganzen Kaufpreises übersteigen. *L.* 31 § 16 *eod.* Der Grund des Unterschiedes liegt darin, daß die redhibitorische Klage nur ein einfaches Object hat, die Auflösung des Kaufes, welche nur einmal denkbar ist. Die a. quanti minoris dagegen geht auf einzelne Geldzahlungen, die neben einander bestehen können.

XVI.

Die hier abgehandelte Streitfrage hat eine ganz neue Wendung bekommen durch die Einmiſchung einer dem Prozeßrecht angehörenden Frage.

Viele behaupten nämlich, nach den Reichsgeſetzen müſſe in der Eigenthumsklage (und ſo auch in anderen Klagen in rem) der beſondere Entſtehungsgrund des Eigenthums ſogleich in der Klageſchrift angegeben werden; wo dieſe Angabe fehle, ſey die Klage ſogleich angebrachtermaßen abzuweiſen (v).

Andere Prozeßlehrer verwerfen dieſe Strenge als ganz unbegründet; auch läßt ſich eine durchgreifende Regel des gemeinen Prozeſſes, unterſtützt durch eine übereinſtimmende Praxis, dafür gewiß nicht behaupten (x). Eben ſo iſt dieſe Behauptung dem canoniſchen Recht völlig zuwider, welches geradezu die Möglichkeit vorausſetzt, mit oder ohne der Angabe beſtimmter Entſtehungsgründe des behaupteten Rechts zu klagen (y).

Dieſe Streitfrage intereſſirt uns jedoch hier nur in ihrer Rückwirkung auf die ſo eben beendigte Unterſuchung

(v) Gönner B. 2 S. 180—182. Bayer S. 216. Martin § 144. Borſt Archiv B. 1 N. 14 S. 174. Langenn und Kori Erörterungen N. 12. Buchka B. 2 S. 198. Wächter Handbuch B. 2 S. 446.

(x) Hefftter Prozeß § 343 und Muſeum B. 3 S. 237. Ferner die Schriftſteller, die für dieſe Meinung bei Hefftter und bei Langenn (Note v) angeführt ſind, worunter ſich gerade die angeſehenſten Praktiker befinden.

(y) *C.* 3 *de sent. in VI.* (2. 14), ſ. o. § 262 S. 70.

einer das materielle Recht, und zwar die Lehre von der Rechtskraft, betreffenden Frage.

Es wird nämlich von mehreren Seiten behauptet, aus jener ſtrengen Lehre des Prozeßrechts folge, daß die von uns für die Klagen in rem behauptete Ausnahme im heutigen Recht zur allgemeinen Regel umgewandelt worden ſey. Denn da nun jeder Kläger ſogleich in der Klage den Entſtehungsgrund ſeines Eigenthums angeben müſſe, ſo ſey jedesmal der Fall vorhanden, den unſre Ausnahme vorausſetzt, und es könne daher jede abgewieſene Eigenthumsklage wiederholt werden, ſobald nur der Kläger einen anderen, als den früheren Entſtehungsgrund des Eigenthums, bei der neuen Klage angebe (z).

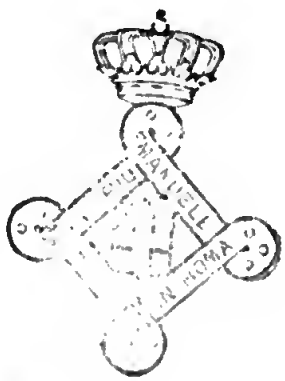
Dieſe Folgerung kann ich nun auf keine Weiſe als richtig anerkennen. Wenn der Kläger, ſo wie es jene ſtrenge Lehre fordert, den Entſtehungsgrund ſeines Eigenthums angiebt, ſo iſt Das noch ſehr verſchieden von der bindenden Erklärung, ſich in dieſem Rechtsſtreit nur allein dieſes Grundes bedienen zu wollen, auf welche Erklärung Alles ankommt, indem damit beſtimmte Vortheile und Nachtheile verbunden ſind (Num. III. IV.). Die bloße Angabe des Entſtehungsgrundes ohne dieſe Erklärung würde etwa zu vergleichen ſeyn einer ähnlichen Erzählung der Thatſachen, die im Römiſchen Prozeß der Kläger vor

(z) Puchta Muſ. II S. 267. Wächter S. 445. — Dieſe Meinung führt auf einem anderen Wege zu demſelben Erfolg, welchen Kierulff aus der heutigen aequitas ableitet (S. 518. 519).

dem Prätor vorgetragen hätte. Auch dieſe Erzählung würde keinen Einfluß auf den ferneren Gang der Sache gehabt haben, und nur die Aufnahme einer entſprechenden Stelle in die formula hätte einen ſolchen Einfluß haben können.

Ich muß daher zuerſt beſtreiten, daß nach dem heutigen gemeinen Prozeß eine Eigenthumsklage nur unter der Vorausſetzung angenommen werden dürfe, wenn darin die Angabe eines beſtimmten Entſtehungsgrundes des Eigenthums enthalten ſey.

Geſetzt aber auch, man wollte dieſe ſtrenge Lehre des Prozeßrechts annehmen, ſo muß ich ferner beſtreiten, daß dadurch die Natur der hier unterſuchten Ausnahme umgebildet worden ſey, und daß ſich dieſelbe aus einer bloßen Ausnahme in die nunmehr allgemein gültige Regel (entgegengeſetzt der Regel des Römiſchen Rechts) umgewandelt habe.



Druck von A. Haack in Berlin Dorotheenſtr. 55.

MAG 200161